التبصرة

□ التّبصرة (في الفقه المالكي)
تأليف : الإمام أبي الحسن علي بن محمد اللّخمي
دراسة وتحقيق : الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب
الطبعة الثانية : ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م

قياس القطع : ١٧×٢٤

هذا الكتاب وقف لله تعالى
طبع على نفقة
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
بتمويل الإدارة العامة للأوقاف
دولة قطر
وهو يوزع مجاناً، ولا يجوز بيعه

التبصرة

تأليف

الإمام أبي الحسن علي بن محمد اللخمي

المتوفى سنة ٤٧٨ هـ

رحمه الله تعالى

دراسة وتحقيق

الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب

عضو رابطة علماء المسلمين

الجزء الثاني عشر

إصدارات

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

إدارة الشؤون الإسلامية

بتمويل الإدارة العامة للأوقاف

دولة قطر

بسم الله الرحمن الرحيم

تتمة
كتاب الشهادات

النسخ المقابل عليها:

١ـ (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

٢ـ (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤ & ٢٤٣)

٣ـ (ر) = نسخة الحمزوية رقم (١١٠)

باب
في الشاهد يشهد بمال، أو نكاح، أو طلاق، أو تمليك، أو عتق أو نسب، أو ولاء، أو سرقة، أو قذف، أو شرب خمر، أو زنا، أو قتل، أو جرح[(١)]، أو على وكالة، أو يشهد لصبي، أو لسفيه، أو غائب أو مديان، أو لعبد، أو ذمي، أو على حبس، أو صدقة

ثبت عن النبي ﷺ أنه: قضى بشاهد ويمين. وقد اختلفت ألفاظ هذا الحديث، فقال ابن عباس -في كتاب مسلم-: «قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ»[(٢)]. وقال أبو هريرة -في الترمذي-: «قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ»[(٣)].

وعن سعد بن عبادة [قال][(٤)]: " قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ "[(٥)]. فأتى في الحديث الأول بلفظ النكرة، فعلم أنه لم يرد الجنس.

وفي حديث أبي هريرة قال بالشاهد الواحد، وهو نص منه[(٦)] على جواز الاقتصار عليه مع اليمين. وكذلك حديث سعد، ولا يعترض هذا بقوله ﷻ:

---

(١) قوله: (جرح) ساقط من (ف).

(٢) أخرجه مسلم: ٣/ ١٣٣٧، في باب القضاء باليمين والشاهد، من كتاب الأقضية، برقم (١٧١٢).

(٣) أخرجه الترمذي: ٣/ ٦٢٧، في باب ما جاء في اليمين مع الشاهد، من كتاب الأحكام، برقم (١٣٤٣)، وقال: حديث حسن غريب.

(٤) ما بين معكوفتين ساقط من (ت).

(٥) صحيح، أخرجه أحمد في مسنده، برقم (٢٢٥١٣)، والطبراني في المعجم الكبير: ٦/ ١٦، برقم (٥٣٦٢).

(٦) قوله: (منه) زيادة من (ر).

﴿فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ لأن المراد بالآية الاستعداد بالشهادة وقت المداينة، أن تكون على صفة ترفع الاختلاف والأيمان والجحود والشنآن لئلا يتلف مال الطالب، أو يتكلف اليمين أو يحلف الآخر إنما ورد الحديث فيمن لم يفعل ذلك، إما لأن الطالب فرط فأشهد واحداً، أو لأنه عدم تمام الشهادة، أو لأن ذلك كان باعتراف المدعى عليه، أو جرح أحد شهوده أو غاب أو مات، ولم يجد من يشهد على خطه[1]، والشاهد مع اليمين يصح في الأموال، ولا يصح في النكاح والطلاق[2] والتمليك والعتق والولاء والنسب، فإن شهد على نكاح لم يحلف المشهود له مع شهادته، ليثبت النكاح.

واختلف في يمين المشهود عليه، فقال ابن القاسم: إن أقام رجل شاهداً بنكاح، وأنكرت[3] المرأة لم يحلف. وقال - في كتاب محمد -: إن ادعت امرأة على رجل، أو رجل على امرأة النكاح، فلا يمين بينهما ما لم يكن شاهدا. يريد فيحلف المشهود عليه من رجل أو امرأة. وقال - فيمن زوج رجلاً أو امرأة، وزعم أنه وكيل على ذلك، فأنكر المدعى عليه الوكالة بعد أن قدم -: أنه يحلف الرجل أو المرأة، أنه لم يوكله.

فإذا حلف بدعوى الوكالة، مع كون الوكيل غير عدل، وهو يدفع عن نفسه التعدي، كان أحرى أن يحلف المدعى عليه مع الشاهد العدل. وقال ابن حبيب: يحلف الرجل أنه ما وكل، ولا تحلف المرأة أنها ما وكلت؛ لأنها إن نكلت لم تكن زوجة. وهذا أحسن؛ لأن المطلوب منها لا يصح تسليمه مع النكول.

---

(١) قوله: (أو جرح أحد شهوده أو غاب أو مات، ولم يجد من يشهد على خطه) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (والطلاق) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (وأنكرت) ساقط من (ت).

وأرى أن تطلب باليمين رجاء أن تقر[١]، ويحلف هو إن ادعت عليه الوكالة؛ لأن المطلوب منه مال، فإن نكل حلفت وغرم نصف الصداق على قول ابن القاسم، إلا أن يحب هو البقاء على النكاح، فيحضر الولي ويجدد العقد، وتجبر هي[٢] على ذلك.

واختلف إذا شهد شاهد[٣] بعد موت الزوج، أو الزوجة فقال ابن القاسم: يحلف المشهود له ويستحق الميراث والصداق، و[٤] إن كان الشاهد لها. وقال أشهب: لا يستحق ذلك[٥] إلا بشاهدين، وقد تقدم ذلك، وإن شهد بطلاق أحلف الزوج.

واختلف إذا نكل فقال مالك: تطلق، وبه أخذ أشهب. وقال أيضا: يسجن أبدا حتى يحلف. وقال: إن طال سجنه خلي. وبه أخذ ابن القاسم، قال: والطول سنة. فرأى أشهب أنه لما اجتمع قول العدل والنكول، قويت الظنة ففرق بالشك ولم يثق به[٦] واستحسن محمد قول ابن القاسم وقال: / لأني لو (ف) ٢٨٤/ب
حكمت عليه بالطلاق لكنت حكمت[٧] عليه[٨] بشاهد بلا يمين، وذلك في الحكم أدنى من الحكم في دينار أو[٩] درهم.

---

(١) في (ر): (يقر).

(٢) قوله: (هي) ساقط من (ر).

(٣) قوله: (شاهد) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (و) زيادة من (ر).

(٥) قوله: (لا يستحق ذلك) ساقط من (ر).

(٦) في (ف): (ينوه).

(٧) قوله: (حكمت) ساقط من (ر).

(٨) قوله: (عليه) زيادة من (ر).

(٩) في (ر): (و).

وأرى أن يخرج بعد السنة ولا يمكن منها؛ لأن الشهادة تتضمن حقا للمرأة وحقا لله – سبحانه –، والأصل فيمن تعلق له حق قبل آدمي، فنكل عن اليمين أن لا يسقط ذلك الحق بالنكول، وهو مطالب به أبدا، فمن حقها أن لا تمكنه حتى يحلف، فإن أسقطت حقها ووضعته[1] منع لحق الله – تعالى – قياسا على حق الآدمي، وكذلك إن شهد شاهد بعتق فنكل السيد، أعتق عليه على أحد القولين، وإن شهد بتمليك كان كشاهد على طلاق، ويحلف الزوج ويبرأ[2].

ويختلف إذا نكل الزوج[3] واختارت الزوجة الطلاق، هل تطلق عليه؟ وإن شهد بخلع فإن كان هو القائم بالشاهد، كان كشاهد على مال؛ لأن الطلاق بيده، وهو مقر بالطلاق فيحلف ويأخذ المال، وإن كانت المرأة هي القائمة به كان كشاهد على طلاق، فيختلف إذا نكل الزوج هل تطلق عليه؟[4]، وأرى أن يمنع منها[5] حسب ما تقدم. وإن شهد على نسب أو ولاء، لم يحلف مع الشاهد، إن كانت الشهادة على حي، وإن كانت على ميت ليرث منه، وكان للميت ولد ثابت النسب، أو مولى[6] معروف وأثبت هذا أنه ولد الميت، أو مولى مع الأول حلف من ثبت نسبه، أو ولاؤه وكان أحق بالميراث، واليمين إن ادعى الطارئ المعرفة[7].

---

(١) في (ف): (ومتعته).

(٢) في (ف) الكلمة غير مقروءة.

(٣) قوله: (الزوج) زيادة من (ر).

(٤) قوله: (به كان كشاهد على طلاق، فيختلف إذا نكل الزوج هل تطلق عليه؟) ساقط من (ر).

(٥) قوله: (يمنع منها) في (ر): (تمنع منه).

(٦) قوله: (مولى) ساقط من (ر).

(٧) قوله: (حلف من ثبت نسبه... إن ادعى الطارئ المعرفة) ساقط من (ر).

واختلف إذا لم يكن هناك نسب ثابت سوى الطارئ، هل يحلف ويرث أو يكون الميراث لبيت المال. وأرى أن من أقام شاهداً أولى، وقال ابن القاسم - فيمن ادعى على رجل أنه عبده فأنكر وقال أنا حر -: فليس له أن يحلفه إلا أن يقيم شاهدا فيحلف ويستحق. وقال سحنون: ليس ذلك له إذا كان معروفا بالحرية. وأرى إن لم يكن معروفاً بالحرية، ولا عبودية أن يحلف ويستحق، وإن كان مشهوراً بحرية وأنه ابن فلان الحر، لم يستحق بشاهد ويمين ولا بشاهدين، إلا أن يثبت استحقاق أمه، أو ما أشبه ذلك مما يخفى، ويبطل ما كان به معروفاً.

فصل
[في الشهادة بحد والإشهاد عليه]

ويفترق الجواب إذا شهد بحد، فإن شهد بزنا على المعاينة أو الإقرار حد. واختلف إذا نقل ذلك عن غيره. فقال ابن القاسم: يحد[1]. وقال محمد: لا يحد إذا قال أشهدني فلان، إلا أن يقول هو زان[2] أشهدني فلان. وهو أحسن؛ لأنه إذا قال أشهدني فلان ولم يقل هو زان[3] ليس بقاذف؛ لأنه يقول لا نعلم المنقول عنه صدق أو كذب، وإنما أنقل كلاماً والله حسيبه إن كذب. وإن قال هو زان[4] أشهدني فلان بذلك، كان قد صدق المنقول عنه[5].

(١) قوله: (أو الإقرار حد. واختلف إذا نقل ذلك عن غيره. فقال ابن القاسم: يحد) ساقط من (ر).
(٢) قوله: (هو زان) ساقط من (ر).
(٣) قوله: (أشهدني فلان. وهو أحسن؛ لأنه إذا قال أشهدني فلان ولم يقل هو زان) ساقط من (ف).
(٤) قوله: (ليس بقاذف؛ لأنه يقول... وإن قال هو زان) ساقط من (ر).
(٥) قوله: (ليس بقاذف؛ لأنه يقول... قد صدق المنقول عنه) في (ر): (أشهدني فلان بذلك كان مصدق المنقول عنه).

واختلف إذا قال رأيت فلانا مع فلانة، أو بين فخذيها، فقال ابن القاسم: يعاقب الشاهد. وقال غيره: لا يعاقب. ويجري فيها قول ثالث: أنه إن كان الشاهد عدلاً لم يعاقب. ورابع: إن كان المشهود عليه ممن لا يظن به ذلك، عوقب الشاهد. وإن كان ممن يظن به لم يعاقب.

واختلف إذا شهد على رجل أنه شرب خمراً، فقال - في المدونة -: ينكل الشاهد. وقال - فيمن شهد على رجل بالسرقة -: إن كان لها من يطلبها[١] لم يعاقب. يريد عدلاً كان أو غير عدل. قال: وإن لم يكن لها[٢] من يطلبها والشاهد عدل لم يعاقب[٣]. وإن لم يكن[٤] عدلاً عوقب. وعلى قوله في عقوبة[٥] الذي قال رأيته بين فخذيها، يعاقب الشاهد ها هنا وإن كان عدلاً.

وقال مالك - في المبسوط فيمن شهد[٦] بالسرقة، أو بشرب الخمر -: لا عقوبة عليه. وقال ابن نافع - في كتاب المدنيين -: إن شهد بذلك على من له هيئة نكل، وإن كان ممن يتهم[٧] بذلك فلا شيء عليه. فأوجب [٨] العقوبة في القول الأول، قياساً على شاهد الزنا، ولم يجعل عليه عقوبة في القول الآخر؛ لأن الأصل في البينات إذا لم تثبت شهادتها أن لا عقوبة، فكان الحد على من

---

(١) هنا في هذا الموضع من (ر) زيادة (والشاهد عدل).
(٢) قوله: (لها) ساقط من (ر).
(٣) قوله: (يعاقب) ساقط من (ر).
(٤) هنا في هذا الموضع من (ر) زيادة (من يطلبها).
(٥) قوله: (عقوبة) ساقط من (ر).
(٦) قوله: (شهد) ساقط من (ر).
(٧) في (ف): (شهر).
(٨) قوله: (فأوجب) ساقط من (ر).

شهد بالزنا، تسليما لقول عمر رضي الله عنه، وما سواه باق على الأصل[١]، وفرق في القول الآخر بين العدل وغيره؛ لأن العدل لا يتهم، إلا[٢] أن يكون قصد أذى المشهود عليه، ويتهم بذلك من ليس[٣] بعدل.

وأرى أن يعاقب إذا كان غير عدل، والمشهود عليه ممن لا يظن به ذلك، ولا يعاقب العدل، وإن شهد على من لا يظن به[٤]، ولا غير العدل إن شهد على من يظن به ذلك[٥]، وإن شهد بقذف أحلف المقذوف عليه وبرئ. ويختلف إذا نكل، هل يحد أو يسجن أبداً حتى يحلف، أو يخرج بعد سنة قياسا على الطلاق والجراح؟ هل يطلق عليه ويقتص منه عند النكول؟

واختلف إذا شهد بما دون القذف من الشتم، فقال مالك – في العتبية –: لا يقضى في هذا بشاهد ويمين، ولكن إذا كان الشاتم من أهل السفه والفحش عزر. قيل له: أفعلى الشاتم يمين. قال: نعم.

وقال – في كتاب ابن حبيب –: / يحلف[٦] مع الشاهد فيما عدا الفرية. (ف) ٢٨٥/أ

وقال أبو مصعب: إن شهد بحد أو شتم[٧] حبس، فإن لم يثبت غير شاهد، أحلف وخلي عنه، وإن لم يحلف ألزم السجن أبداً، حتى يحلف أو يقر. يريد[٨]

(١) قوله: (على الأصل) ساقط من (ر).
(٢) قوله: (إلا) زيادة من (ر).
(٣) قوله: (ليس) ساقط من (ر).
(٤) قوله: (ولا يعاقب العدل، وإن شهد على من لا يظن به) ساقط من (ر).
(٥) في (ر): (فصل).
(٦) قوله: (يحلف) ساقط من (ر).
(٧) قوله: (أو شتم) ساقط من (ر).
(٨) قوله: (يريد) ساقط من (ف).

فيؤخذ بإقراره، وكذلك إن شهد بالطلاق، أو العتق فأقر بعد طول السجن، أخذ بإقراره[١] لأن السجن إكراه بحق، بخلاف الإكراه ظلماً، وإن شهد بقتل خطأ أو عمد أقسم مع شهادته[٢]، وكان العقل على العاقلة في الخطأ، والقصاص في العمد، فإن نكل الأولياء ردت القسامة في الخطأ على العاقلة، فإن نكلوا غرم[٣] الدية مؤجلة[٤]، وردت القسامة في العمد على القاتل. واختلف إذا نكل، فقال مالك: يسجن أبداً حتى يحلف. وقال أشهب: إذا طال سجنه وأيس أن يقر أو يحلف[٥]،ألزم[٦] الدية في ماله[٧].

واختلف إذا شهد بجرح، هل يحلف معه المجروح أو لا يحلف، أو يفرق بين ما صغر أو عظم؟ وإذا ثبتت اليمين على المشهود عليه، لنكول المشهود له، أو لأنه لا يمكن من اليمين، على القول الآخر، فنكل المشهود عليه سجن أبداً حتى يقر أو يحلف[٨]. وعلى القول[٩] الآخر يخرج بعد سنة.

وقال أشهب – في مدونته –: يقطع وذكر ذلك عن ابن القاسم، في كتاب الأقضية من المدونة[١٠].

---

(١) قوله: (وكذلك إن شهد بالطلاق، أو العتق فأقر بعد طول السجن، أخذ بإقراره) ساقط من (ر).

(٢) في (ر): (شاهده).

(٣) في (ف)، (ر): (غرموا).

(٤) قوله: (مؤجلة) ساقط من (ر).

(٥) قوله: (وأيس أن يقر أو يحلف) في (ف): (وأيس منه).

(٦) في (ف): (كانت عليه).

(٧) قوله: (واختلف إذا نكل... الدية في ماله) ساقط من (ر).

(٨) قوله: (يقر أو يحلف) في (ت): (يحلف أو يغرم).

(٩) قوله: (القول) ساقط من (ر).

(١٠) قوله: (يقطع وذكر ذلك عن ابن القاسم، في كتاب الأقضية من المدونة) ساقط من (ف).

في بعض الروايات أنه يقطع[١]. وأرى أن يسجن أبدا حتى يقر أو يحلف، إلا أن يكون الشاهد مبرزاً في العدالة، والمشهود عليه ممن يظن[٢] به فيقتص منه.

فصل
[في الشهادة بصدقة لمعين]

وإن شهد بصدقة لمعين، حلف المشهود له واستحق، وإن كانت على الفقراء والمساكين، حلف المشهود عليه وبرئ، وإن كانت الشهادة على ميت، أنه أوصى بذلك والورثة ممن لا يظن بهم العلم، بطلت الشهادة؛ لأن الفقراء والمساكين[٣] لا يحلفون في مثل هذا[٤]، والورثة لا علم عندهم. وإن كانت الوصية لمعين حلف واستحق، فإن نكل لم يكن له شيء، ولم ترد اليمين على من لا علم عنده، وإن شهد بحبس على معينين حلفوا واستحقوا، ومن نكل سقط حظه[٥] وحده وردت اليمين على المحبس، وإن كانت على غير معينين، كالسبيل والفقراء والمساكين، حلف المشهود عليه وبرئ، فإن نكل ألزم الحبس.

واختلف إذا كان على بني فلان أو عقبه، فقال محمد: الذي يقول به أصحابنا أنه لا يصلح[٦] فيه اليمين، وأخبرني ابن الماجشون عن مالك أنه قال:

(١) قوله: (أنه يقطع) ساقط من (ر).
(٢) قوله: (يظن) ساقط من (ر).
(٣) قوله: (والمساكين) زيادة من (ت).
(٤) قوله: (في مثل هذا) ساقط من (ر).
(٥) في (ر): (حقه).
(٦) في (ف): (يصح).

إذا حلف الجل[(١)]، نفذ لهم ولغيرهم من غائب، ومن يولد وللسبيل بعدهم. وقال مالك- في كتاب ابن حبيب -: إن حلف رجل واحد، استحقها حبسا لنفسه ولجميع أهلها[(٢)]، ولمن يأتي ممن شرطت عليه من صغير أو كبير[(٣)] أو غائب، قال: وإذا باد شهودها فلم يثبت إلا بسماع، حلف أيضاً واحد من أهلها، مع الذين شهدوا على السماع، أنهم لم يزالوا يسمعون من[(٤)] أهل العدل، أنها حبس على بني فلان ثم يستحقها حبسا.

وكان بعض شيوخنا يقول: إذا شهد شاهد بالحبس على العقب، فمن حلف منهم ممن حضر ثبت نصيبه وحده، ومن نكل سقط حظه وحده[(٥)]، وردت اليمين على المشهود عليه، وهو أقيس وهو بمنزلة من شهد لورثة، منهم الحاضر والغائب وحمل لم يولد، فإن لمن كان حاضراً بالغاً أن يحلف ويستحق نصيبه، ومن نكل ردت له[(٦)] اليمين على المشهود عليه، ومن كان غائباً أو صغيراً كان على حقه فيما بعد ولا يستحق يمين غيره[(٧)] ولا يسقط حقه بنكول غيره.

* * *

(١) قوله: (الجل) ساقط من (ر).

(٢) في (ف): (أهله).

(٣) قوله: (أو كبير) زيادة من (ر).

(٤) قوله: (من) زيادة من (ر).

(٥) قوله: (وحده) زيادة من (ر).

(٦) قوله: (له) ساقط من (ر).

(٧) قوله: (غيره) ساقط من (ت).

فصل[١]
[فيمن شهد على وكالة من غائب]

واختلف إذا شهد على وكالة من غائب، هل يحلف الوكيل؟ والمشهور أنه لا يحلف. وهو أحسن إذا كانت الوكالة لحق الغائب خاصة، فإن كانت مما يتعلق فيها حق الوكيل؛ لأن له على الغائب ديناً، أو ليكون ذلك المال في يديه قراضاً، أو تصدق به عليه حلف[٢] واستحق، إذا كان الموكل عليه[٣] مقراً بالمال للغائب. وإن كان[٤] وكل على قضاء دين، فقضاه بشاهد فجحد القابض، حلف الوكيل وبرئ الغريم، فإن نكل حلف الطالب وغرم الوكيل، إن كان موسراً، وإن كان معسراً حلف المطلوب وبرئ، وكانت تباعة الطالب على الوكيل متى أيسر.

وإن شهد لعبد[٥] مأذون له بمال، كان كالحر يحلف ويستحق، فإن نكل حلف المدعى عليه وبرئ ولا مقال لسيده، وإن كان غير مأذون له حلف واستحق، فإن نكل حلف سيده واستحق. وإن دفع السيد إلى عبده مالاً، ليقضيه عنه لغريم فقضاه بشاهد، حلف العبد وبرئ السيد، فإن نكل حلف المشهود عليه[٦] وغرم العبد، إذا كان مأذونا له موسراً، فإن كان معسراً أو[٧]

---

(١) قوله: (فصل) زيادة من (ر).

(٢) قوله: (حلف) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (عليه) زيادة من (ت).

(٤) قوله: (كان) زيادة من (ف).

(٥) قوله: (لعبد) ساقط من (ر).

(٦) في (ت): (له).

(٧) قوله: (أو) ساقط من (ر).

غير مأذون له، حلف السيد وبرئ، وإن وكله غير سيده فقضاه[1] بشاهد ونكل عن اليمين، حلف الطالب وغرم العبد إذا كان مأذونا له. قال محمد: مثل الحر يوكله رجل[2]. قال الشيخ: وإن كان فقيراً أحلف الموكل وبرئ، وكذلك إذا كان غير مأذون له وهو موسر [3] يحلف الموكل.

فصل
[في الشاهد الواحد يشهد لصغير بمال]

(ف) ٢٨٥/ب / واختلف إذا شهد شاهد[4] واحد[5] لصغير بمال. فقال محمد: يحلف المشهود عليه، ويترك حتى يحتلم الصبي فيحلف مع شاهده ويستحق، قال: ويكتب له[6] القاضي قضيته بما يصح عنده، لينفذه له[7] من بعده من القضاة، مات شاهده بعد ذلك أو فسق، فإن نكل الغريم غرم مكانه، ولم يحلف الصغير متى كبر. وقال مطرف - في كتاب ابن حبيب -: إن حلف[8] المطلوب أخر حتى يبلغ الصبي، فإن نكل[9] أخذ منه الحق إلى بلوغ الصبي[10]. وهذا أصوب؛ لأن المطلوب يقول، إنما أحلف يميناً واحدة[11] تبرئني، وإذا كانت

(١) في (ف): (فقضى).
(٢) قوله: (يوكله رجل) في (ر): (يوكل رجلا).
(٣) قوله: (موسر) في (ر): (غير موسر).
(٤) قوله: (شاهد) ساقط من (ت).
(٥) قوله: (واحد) زيادة من (ر).
(٦) قوله: (له) ساقط من (ر).
(٧) قوله: (له) ساقط من (ر).
(٨) في (ف): (لم يحلف).
(٩) في (ف): (حلف).
(١٠) قوله: (إلى بلوغ الصبي) ساقط من (ف).
(١١) قوله: (واحدة) زيادة من (ر).

يميني الآن لا تبرئني لم أحلف، ويوقف ذلك الحق، فإن نكل الصبي [(١)] بعد بلوغه، حلف المطلوب وبرئ. واختلف إذا كان له أب، فصار له مال من أمه، فأراد الأب أن يحلف، لأجل نفقته على الابن. فقال مالك - في كتاب محمد -: لا أظن ذلك له. يريد لأن اليمين للصبي، فقد نزع عنها[(٢)] ولا يحلف. وفي كتاب المدنيين: ذلك للأب.

وإن شهد شاهد لسفيه، حلف معه الآن واستحق؛ لأنه مخاطب بالشرع، وهو كالرشيد في اليمين. واختلف إذا نكل فقال ابن القاسم - في كتاب ابن سحنون -: يحلف المطلوب ويبرأ ولا يحلف[(٣)] السفيه إن رشد. قال: وكذلك البكر المولى عليها، تنكل عن اليمين مع شاهدها، فلا يمين لها إذا رضي حالها. وقال ابن كنانة: لهما أن يرجعا إلى اليمين إذا رضي حالهما، وإن كان قد حلف المطلوب[(٤)].

وقال مطرف - في كتاب ابن حبيب -: إن حلف المطلوب ثم رشد السفيه، حلف وقضي له بالمال، وإن نكل المطلوب أولاً أخذ منه المال، فإن حلف السفيه بعد رشده مضى له، وإن نكل رد المال إلى المطلوب. يريد بعد يمينه، ولم يجعل ما تقدم له[(٥)] من نكول المدعى عليه، يسقط قيامه إذا رشد السفيه. وهو أحسن [(٦)]؛ لأنه يقول إنما أحلف [(٧)] في موضع تسقط عني الدعوى.

---

(١) في (ر): (الصغير).

(٢) في (ر): (منه).

(٣) قوله: (ولا يحلف) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (المطلوب) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (له) زيادة من (ف).

(٦) في (ر): (أبين).

(٧) في (ر): (أحلفت).

وأما إذا كان الطالب باقياً على حاله، فلا تعجل اليمين في موضع لا تنفعني. واختلف إذا شهد شاهد لصبي، وحلف المشهود عليه وأخر الأمر إلى أن يبلغ الصبي، هل يوقف المدعى فيه[1] إذا كان معيناً؟ عبداً أو داراً أو كان عيناً، والمدعى عليه يخشى فقره أو لا يوقف؟ ويمكن من المدعى فيه حتى يرشد الصبي، وكذلك إذا كان الشاهد لسفيه فنكل على قول ابن كنانة، يختلف[2] هل يوقف له[3] ذلك؟

وإن ثبت على الميت دين بشاهدين[4]، وشهد شاهد بالقضاء والوارث صغير، حلف الطالب وأخذ ذلك، فإن بلغ الصغير حلف[5] واسترجع المال، وإن نكل الطالب لم يكن له شيء، وهذا على[6] القول بالوقف[7]، إذا كان الشاهد للصبي بدين، أن لا يوقف له من ذمة الغريم. وعلى القول بالوقف لا يقضى به للطلب ها هنا، وتوقف على يدي عدل، وإن ثبت للميت دين بشاهدين، وثبت للمطلوب شاهد بالقضاء، حلف المطلوب معه وبرئ، فإن نكل أغرم إذا كان الوارث صغيرا، ممن لا يدعى على مثله[8] العلم، فإن كان كبيرا وكان ممن يظن به العلم لمخالطته للميت كالولد وما أشبهه حلف[9].

(١) في في (ت): (عليه).

(٢) قوله: (يختلف) ساقط من (ر).

(٣)قوله: (له) ساقط من (ف).

(٤) في (ر): (بشاهد).

(٥) قوله: (حلف) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (على) ساقط من (ت).

(٧) قوله: (بالوقف) زيادة من (ر).

(٨) في (ر): (عليه).

(٩) قوله: (حلف) زيادة من (ر).

ويختلف هل يوقف المال من ذمة المطلوب؟[١] وقال ابن[٢] سحنون - فيمن شهد لميت بدين ووارثه أخرس، لا يفهم ولا يفهم عنه -: يحلف المدعى عليه، فإن حلف برئ، وإن نكل غرم. قال: وكذلك المعتوه يحلف المدعى عليه، فإن نكل غرم، وإن حلف ثم عقل المعتوه حلف واستحق. وإن شهد شاهد لغائب بدين[٣]، لم يطلب الغريم من غير وكالة، وإن شهد أن هذا[٤] غصب له شيئا في غيبته[٥]، كان للحاكم أن يحلف المشهود عليه، فإن نكل وقف الشيء المغصوب حتى يغرم، وفي كتاب القذف ذكر من قذف غائبا، وهل يقام له به[٦] من غير وكالة؟

وقال مطرف وابن الماجشون - في كتاب ابن حبيب فيمن عليه دين -: وشهد له شاهد بدين ونكل المشهود له فإن لم يكن ضرب على يديه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا مع الشاهد ويستحقوا، ونكوله كإقراره، وإن ضرب على يديه كان لهم أن يحلفوا مع الشاهد ويستحقوا، ويحلف كل واحد منهم، أن الذي شهد به شاهده حق[٧]، فيحلف على جميع الحق، وليس على ما ينوبه، ومن نكل لم يكن له أن يحاص من حلف. قال مطرف ومن رجع من الغرماء[٨]

(١) قوله: (من ذمة المطلوب؟) ساقط من (ت).
(٢) قوله: (ابن) ساقط من (ر).
(٣) قوله: (بدين) ساقط من (ر).
(٤) في (ر): (رجلا).
(٥) في (ت): (عيشه).
(٦) قوله: (له به) ساقط من (ر).
(٧) قوله: (حق) ساقط من (ر).
(٨) قوله: (من الغرماء) زيادة من (ر).

بعد نكوله لم يقبل. وقال ابن الماجشون: يقبل[١] وليس كنكوله عن حق نفسه ما لم يحكم، فلا يكون له أن يحلف.

واختلف فيمن حلف فقال ابن الماجشون: يكون له بقدر نصيبه[٢]. وقال محمد بن عبد الحكم: له[٣] جميع حقه من ذلك الدين. وقال أصبغ: إن شهد شاهد أنه قضى ديناً عليه ثم نكل، لم يكن لغرمائه ولا لورثته أن يحلفوا / مع (ف) ٢٨٦/أ
الشاهد، بخلاف أن يشهد بحق لغريم، قال: لأنهم ها هنا يحلفون لقد دفع، وهذا من الغيب فلا يحل، إلا فيما جاء من القسامة. يريد إذا كان عندهم علم[٤] أن للغريم الدين[٥] الذي شهد به الشاهد، ولا علم عندهم مما شهد به في القضاء، وإن كان عندهم علم حلفوا، وإن كان لا علم عندهم بما شهد به الشاهد، من الدين لم يحلفوا.

وقد اختلف عن مالك في هذا الأصل: فأجاز مرة أن يحلف مع الشاهد، وإن لم يكن عند الحالف علم، كالشهادة للصغير إذا كبر[٦]. وقال أيضاً: لا يحلف إلا أن يستيقن صحة الشهادة.

❊ ❊ ❊

(١) في (ت): (يقال).

(٢) في (ر): (حقه).

(٣) في (ت): (يأخذ).

(٤) قوله: (علم) زيادة من (ر).

(٥) قوله: (الدين) ساقط من (ت).

(٦) في (ت): (بلغ).

فصل
[في الشهادة بمال ونكول المشهود له عن اليمين]

واختلف إذا شهد شاهد بمال، فنكل المشهود له عن اليمين، وحلف المطلوب، ثم وجد الطالب شاهداً آخر بمثل ذلك الحق. فقال محمد: يستأنف الحكم ويحلف مع هذا الثاني، وإلا رد اليمين فيحلف المدعى عليه ثانية. قال: لأن يمين المدعي لو حلف مع شاهده الأول، يحلف أن له هذا الحق عليه، وأن الذي شهد له به شاهده حق، فإن نكل حلف المطلوب ما له عليه ما ادعاه[1]، وأن الذي شهد به شاهده[2] لباطل.

وقال ابن الماجشون – في كتاب ابن حبيب عن مالك[3] عن هذا[4] -: أن الشهادتين تضمان ويقضى بهما وتبطل يمين المطلوب. وذكر ابن كنانة عن مالك: أنه قال: لا يضم الثاني إلى الأول، ولا يحلف مع الثاني؛ قال[5] لأن يمينه كانت قائمة[6] مقام الشاهد، فلما أبى أن يحلف لم يكن له أن يرجع فيحلف ويأخذ بها.

فرأى محمد أن المدعي يحلف لقد صدق الشاهد، وإذا رد اليمين حلف الآخر لقد كذب الشاهد، وإذا حلف على تكذيبه لم يصح أن يرجع فيأخذ به.

(١) قوله: (وأن الذي شهد... ما له عليه ما ادعاه) ساقط من (ر).
(٢) في (ف): (له به هذا).
(٣) قوله: (عن مالك) ساقط من (ف)، (ر).
(٤) قوله: (عن هذا) زيادة من (ف).
(٥) قوله: (قال) ساقط من (ف).
(٦) قوله: (قائمة) زيادة من (ف).

ورأى[١] ابن كنانة أن يمين المدعي[٢] كانت على الوجهين، لقد صدق الشاهد وأن الذي أدعيه[٣] حق، فلما نكل حلف المدعى عليه، على تكذيبه في الوجهين جميعا[٤]، أن الشاهد شهد بباطل وأن دعواك باطلة، فلم يصح أن يحلف مع الثاني؛ لأنه إن حلف يحلف أن الشاهد شهد بحق وأن دعواي حق، والمطلوب يقول قد تقدمت يميني، أن دعواك كانت باطلاً، فلا يصح أن ترجع وتحلف، أنها حق بعد ما حلفتني أنها كذب، فلا يأخذ هذا[٥] الحق إلا بشاهدين غير الأول. ويختلف إذا كان لطخ من غير شاهد، فحلف المدعى عليه، ثم وجد المدعي شاهداً، فقول ابن القاسم وغيره: أنه يحلف مع الشاهد ويستحق. وقول ابن كنانة في كتاب ابن حبيب: ليس ذلك له. قال: لأنه لا يسقط يميناً قد درأ بها حقاً بيمينه مع شاهده، ولكن إن أتى بشاهدين.

قال الشيخ[٦]: وقوله في هذا ضعيف وليس كالأول؛ لأن الأول كان له أن يحلف فنكل، والمدعي ها هنا غير قادر على اليمين ولم ينكل، فأشبه الشاهد على الطلاق، فحلف الزوج ثم وجد شاهداً[٧] آخر، فإنه يضم إلى الأول قولاً واحداً؛ لأن المرأة لم تنكل، والصواب في الجميع أن تضم الشهادتان، والبينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة.

---

(١) في (ف): (وروى).
(٢) في (ر): (المدعى عليه).
(٣) في (ر): (ادعاه).
(٤) قوله: (جميعا) زيادة من (ر).
(٥) في (ر): (الأول هذا).
(٦) قوله: (قال الشيخ) زيادة من (ف).
(٧) قوله: (شاهداً) زيادة من (ت).

وكذلك إن شهد شاهد بعتق، فحلف السيد ثم وجد آخر ضم إلى الأول، وقضى بالعتق كالطلاق، وكذلك إن شهد شاهد بصدقة، أو حبس على الفقراء، أو شهد لصغير، فحلف المشهود عليه في جميع ذلك، ثم شهد آخر بمثل ذلك، تضمان ويقضى بهما، وكذلك كل موضع لم[1] ينكل المشهود له عن الأول، إلا أن يفسد الشاهد الأول، فلا يقضى به الآن، إلا أن يكون قد حكم القاضي للصغير، وأوقف الأمر ليكبر ويحلف، فلا تسقط شهادته بجرحة حدثت، بخلاف الشاهد على الطلاق.

فصل
[في حلف المدعى عليه باللطخ]

وإذا حلف المدعى عليه باللطخ، ثم أثبت المدعي شاهدين على ذلك الحق، ولم يعلم بهما أو علم وكانا بعيدي الغيبة أخذ بهما. واختلف إذا كان عالما[2] وهما حاضران، فقيل: لا يغرم[3] بهما ويحمل تحليفه على الترك للبينة. وقال مالك وابن وهب – في كتاب محمد –: يقوم بهما. وقال أبو الحسن ابن القصار: ووافق مالكاً على هذا القول الشافعي وأبو حنيفة.

وأرى أن يسأل لم حلفه مع علمه بالبينة؟ فإن قال رجاء أن ينكل ولا أتكلف بينة، أو لأن ذلك أقرب لأخذ حقي من ضرب الآجال، إن ادعى منفعة في البينة، أو خوف أن يجرحها، أو ليتبين أنه ممن يحلف كاذباً، أو لأن السعي في التعديل يشق علي، إذا كانا لا يعرفان بعدالة، قبل قوله ويستظهر

(١) قوله: (لم) ساقط من (ر).

(٢) في (ر): (كانا عالمين).

(٣) في (ف)، (ر): (يقوم).

بيمينه(١) في مكانه، أنه لم يكن تاركا لها، وإن أشهد أنه يحلفه ليقوم بالبينة، كان ذلك قولاً واحداً ولم تسقط البينة(٢)، ومن حق المطلوب إذا قال الطالب لي بينة، أن يقول له أقمها وإلا(٣) أحلف، إلا أن يسقطها، إلا أن يعلم من المطلوب(٤) الشرور(٥) والأذى للبينة إن شهدت، فله أن يبتدئ بيمينه، فإن نكل كان الطالب بالخيار بين أن يحلف أو يقيم البينة.

* * *

(١) في (ف): (ببينة).

(٢) قوله: (كان ذلك قولاً واحداً ولم تسقط البينة) ساقط من (ف).

(٣) في (ت): (ولا).

(٤) في (ر): (الطالب).

(٥) في (ف): (النشوز).

باب
في اختلاف البينات

(ف) / وإن ادعى رجلان داراً أو عبدا، فأقاما البينة اعتبر أربعة أوجه: هل هو ٢٨٦/ب
في يد أحدهما؟ أو في أيديهما جميعاً[(١)] ؟ أو تحت يد ثالث؟ أو لا يد عليه[(٢)]؟ والبينة مختلفة العدالة والعدد[(٣)] أو متساوية؟ فإن كان بعضها أعدل قضي بها، من غير مراعاة للمدعى فيه حيث هو، ولا يد من هو[(٤)] عليه؟ وإن تكافأتا في العدالة افترق الجواب.

فإن كان بيد أحدهما كان له بعد يمينه وإن كان بأيديهما حلفا وكان بينهما، وإن كان تحت يد ثالث يدعيه لنفسه، كان فيها[(٥)] قولان: فقيل: ينتزع من يده ويكون بينهما؛ لأن البينتين اتفقتا على انتزاعه من يده. وقيل: يبقى لمن هو تحت يده؛ لأنه يقول البينتان جرح بعضها بعضا، أو أوقف بعضها بعضاً، وأي ذلك كان فلا ينتزع شيء[(٦)] من يدي. وإن اعترف به لأحدهما كان على القولين، فمن قال أنه إذا[(٧)] ادعاه لنفسه يقر في يديه، يجعله الآن لمن أقر له به، ومن قال أنه ينتزع منه ويقتسمانه بمنزلة ما لو لم يقر؛ لأن البينتين اتفقتا أنه لا حق له فيه،

---

(١) قوله: (جميعاً) زيادة من (ر).

(٢) في (ر): (عليها).

(٣) قوله: (والعدد) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (هو) ساقط من (ر).

(٥) في (ر): (فيه).

(٦) قوله: (شيء) زيادة من (ر).

(٧) قوله: (إذا) ساقط من (ت).

وإن لم تكن عليه يد لأحد[١] وقف خيفة[٢] أن يأتي من هو أحق به منهما، وبأثبت مما أتيا به وإلا كان بينهما.

واختلف إذا تنازعا عفوا من الأرض، فقيل: هو بينهما[٣] بمنزلة ما لا يد عليه فيقتسمانه. وقال - في المدونة -: تبقى كغيرها من عفو بلاد المسلمين. يريد لأن العبد والدار لابد أن يكون لهما مالك، وعفو الأرض يصح أن يكون لا مالك لها، فيكون خراجها لبيت المال، وعلى قوله في الأرض أنها تبقى، يكون العبد والدار لمن هما في يديه.

واختلف في الترجيح[٤] بالأكثر والأعدل إذا تكافئا، على ثلاثة أقوال: فرجح في المدونة بالأعدل ولم يرجح بالأكثر. قال ابن القاسم: وكذلك لو شهد لهذا شاهدان، ولهذا مائة وتكافؤوا في العدالة. ومحمل قوله على[٥] الغايات[٦] ولو كثروا، حتى يقع العلم بصدقهم لقضي بهم؛ لأن القضاء بالاثنين، لغلبة الظن.

وذكر ابن حبيب عن مالك أنه قال: إذا تساووا في العدالة قضي بالأكثر، فإن كان كلاهما كثيرا[٧]، يكتفي بهم الحاكم فيما يلتمسه من الاستظهار بالاستكثار، لم ينظر إلى الأكثر. قال[٨]: وسمعت غير واحد[٩] من علمائنا

(١) قوله: (يد لأحد) ساقط من (ر)، وفي (ف): (يد).
(٢) في (ف): (مخافة).
(٣) قوله: (بينهما) زيادة من (ر).
(٤) قوله: (الترجيح) ساقط من (ر).
(٥) قوله: (على) ساقط من (ر).
(٦) في (ف): (المغايات)، وفي (ت) لعلها: (العادات).
(٧) قوله: (كثيرا) ساقط من (ر).
(٨) قوله: (قال) ساقط من (ر).
(٩) قوله: (واحد) ساقط من (ر).

يقول[١]: إذا شهد عدلان ومن هو أعدل منهما، أو أكثر عدداً سواء.

ويختلف إذا أقام أحدهما شاهدين، والآخر رجلاً وامرأتين، أو شاهداً واحداً وقال أحلف معه، فأوقف ابن القاسم شهادة رجلين، بشهادة[٢] رجل وامرأتين، إذا تكافؤوا في العدالة، وبداهم على الرجلين إذا كانوا أعدل، وإن تضمنت تجريح الآخرين؛ لأن كل فريق يقول إن الآخرين كذبة مجرحون، لا تجوز في هذا ولا في غيره. وقيل: في هذا الأصل إنه تجريح، فينبغي أن تقدم شهادة الرجلين.

واختلف إذا شهد لأحدهما شاهدان، وللآخر شاهد. فأجرى ابن القاسم شهادة الواحد مع اليمين مجرى الشاهدين فإن كان أعدل قضى به مع اليمين القائم به وإن كان مكافئا للآخرين، ولا يد على المدعى فيه، حلفا وكان بينهما، وإن كان بيد من أقام الشاهد حلف وكان له. وقاله أشهب مرة، وقال أيضاً: الدار لصاحب الشاهدين. قال محمد: مذهب أشهب أن لا ترد شهادة الرجلين بواحد؛ لأنها جرحة. فعلى قوله أنها جرحة، يقضى بشهادة الرجلين دون الرجل والمرأتين؛ لأن النساء لا يجرحن الرجال. وإن أرختا قضى بالأقدم، وإن كانت الأخرى أعدل[٣]، وسواء كانت الدار[٤] تحت يد أحدهما، أو تحت أيديهما، أو تحت يد ثالث، أو لا يد عليها. واختلف إذا أرخت إحداهما، هل تكون لمن أرخت، أو بمنزلة ما لم يؤرخ؟ وقد ذكرت الروايات على[٥] ما وردت.

---

(١) قوله: (يقول) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (رجلين، بشهادة) ساقط من (ت).

(٣) في (ر): (أقدم).

(٤) قوله: (الدار) زيادة من (ر).

(٥) في (ف): (كما).

وأرى إذا كان العبد في يد أحدهما، أن تسأل البينتان[١] عن تقدم التاريخ، وإن لم يعلموا حقيقته؛ لأنه لا يصح أن يجهلا[٢]، هل ذلك خمس سنين، أو عشرة؟ فإن قالا جميعا هو نحو عشرة سنين[٣] تزيد سنة أو تنقص سنة، وإن يد كل واحد عليه إلى الآن كان تكاذبا فيقضى بالأعدل، فإن تكافئتا بقيت اليد واقتسماه إن كان في أيديهما، وإن كان بيد ثالث بقي له، وكذلك إذا قدرا ذلك، وقالت إحداهما لم تزل يده عليه[٤].وقالت الأخرى خفي عنا[٥] تمادي يده، وقال القائم بها لم تزل يدي عليه[٦]، فهو تكاذب من إقرار القائم بها، وإن قالتا كان ذلك من[٧] ذلك الوقت جميعه يملكه أحدهما[٨]، ثم أبق منه أو غصب[٩] صح، أن لا يراعى الأعدل كما ذكر ابن حبيب، لإمكان صدق جميعهما، وأن يكون قد ملكه أحدهما[١٠]، ثم أبق منه ثم ملكه الآخر فأبق منه، فلا يرجح باليد لأنه إن[١١] قال لم يزل يدي عليه إلى الآن، كان قد كذب بينته؛ لأنها قالت أبق منه وزالت يده عنه، ولا نعلم متى رجع، وإن كان بأيديهما الآن بعد

---

(١) في (ت): (البينة).

(٢) في (ت): (يحملوا).

(٣) قوله: (سنين) ساقط من (ف).

(٤) في (ت): (عنه).

(٥) قوله: (خفي عنا) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (وقالت الأخرى... تزل يدي عليه) ساقط من (ف).

(٧) قوله: (ذلك من) ساقط من (ر).

(٨) قوله: (جميعه يملكه أحدهما) ساقط من (ر).

(٩) في (ف): (غضب).

(١٠) قوله: (أو غصب صح... قد ملكه أحدهما) ساقط من (ر).

(١١) قوله: (إن) ساقط من (ف).

إباقه[١]، لم يكن أحدهما أحق به، وإن كان بيد ثالث انتزع منه لأن البينتين لم يتحقق كذبهما، وإن قالت إحداهما ملكه منذ خمس عشرة سنة وقالت الأخرى منذ عشر، وكلاهما يقول لم تزل يده عليه، أو قالت لا أدري هل تمادت أيديهما؟ وكل واحد يقول لم تزل يدي عليه فهو تكاذب[٢]؛ لأنهما اتفقا على تكاذب البينتين / فلم يكن لقدم التاريخ فائدة وكذلك إذا قالت إحداهما لم تزل يده (ف) ٢٨٧/أ
عليه[٣]، وقالت الأخرى لا أدري، وقال من أقامها لم تزل يدي عليه فهو تكاذب أيضاً، وإن قالت إحداهما كان يملكه منذ نحو خمس عشرة سنة[٤]، ولا أدري هل تمادت يده عليه[٥]؟ وقال القائم بها أبق مني أو غصب بعد ذلك، من إحدى عشرة سنة. وقالت الأخرى كان يملكه منذ عشر سنين، كان للأول وليس بتكاذب.

فصل
[في الشهادة لكل واحد بدابة أنها نتجت عنده]

وإن شهد لكل واحد بدابة، أنها نتجت عنده كان تكاذبا، وكذلك إن أرختا فقالت كل واحدة: نتجت[٦] في وقت كذا، لوقتين متفقين أو مختلفين، فهو تكاذب ويقضى بالأعدل، إلا أن يتبين كذب أحدهما؛ لأنهما مما يتوالد دون ذلك الوقت أو قبله، فتكون لمن أشبه، وإن أتيا بها لا يشبه؛ لأن سنها فوق ما

---

(١) قوله: (الآن بعد إباقه) ساقط من (ر).
(٢) قوله: (فهو تكاذب) زيادة من (ف).
(٣) قوله: (فهو تكاذب... لم تزل يده عليه) ساقط من (ر).
(٤) قوله: (خمس عشرة سنة) في (ر): (عشر سنين).
(٥) قوله: (عليه) ساقط من (ف)، (ر).
(٦) قوله: (نتجت) ساقط من (ر).

شهدا به أو دونه، أو فوق ما شهدت به إحداهما، ودون ما شهدت به الأخرى، لم يقض بشيء من البينات، فإن كانت في يد أحدهما أقرت في يده، لعدم صحة دعوى الآخر، وليس لأجل شهوده. وإن كانت بأيديهما لم تنزع منهما، وإن لم تكن في يد أحدهما، لم يقض بها لواحد منهما ووقفت، وإن كانت في يد ثالث لم يعرض [١] له، وإن أرخت إحداهما وقالت نتجت عنده في وقت كذا، وقالت الأخرى نتجت عنده[٢] ولم تؤرخ بينته[٣] كان تكاذبا ويقضى بالأعدل، إلا أن يتبين كذب التي أرخت؛ لأنها دون ذلك في السن، أو فوقه فيقضى بها للذي لم تؤرخ بينته. وإن قالت إحداهما نتجت في[٤] وقت كذا، وقالت الأخرى كان يملكها هذا، من وقت كذا ولم تذكر نتاجاً، فإن أشبه ما قالت قضي بالنتاج. وإن كان تاريخ الملك بانفراده أبعد، فقالت كان يملكها منذ ثلاث سنين، وقالت الأخرى نتجت[٥] منذ سنتين كان تكاذبا وقضي بالأعدل، إلا أن يتبين صدق إحداهما وكذب الأخرى، فيقال[٦] لا يشبه أن تكون ولادتها[٧]، في الوقت الذي قال من شهد بالنتاج، وأتت الأخرى بما يشبه قضي بها للآخر، إلا أن يتبين أيضاً كذبها، مثل أن تقول كانت في ملكه منذ ثلاث سنين وسنها كذا[٨]، مما يعلم أنها إذا اجتمعت هذه الثلاث السنين، إلى السن المتقدمة على ما

(١) قوله: (يعرض) ساقط من (ر).

(٢) قوله: (عنده) زيادة من (ت).

(٣) قوله: (بينته) ساقط من (ت)، (ف).

(٤) قوله: (في) زيادة من (ر).

(٥) قوله: (الأخرى نتجت) ساقط من (ر).

(٦) في (ت): (فيقول).

(٧) قوله: (ولادتها) ساقط من (ر).

(٨) قوله: (كذا) ساقط من (ر).

قالت، لم يبلغها سنها الآن، فلا يقضى بها لواحد منهما.

وقال أشهب – فيمن أقام بينة في أمة بيد رجل، أنها ولدت عنده –: فلا يقضى له[١] بها حتى يقولوا أنه كان يملكها، لا يعلم لغيره فيها حقاً، وقد يولد في يديه ما هو لغيره، قال[٢]: ولو شهدت أنها بنت أمته، فليس كالأول إذا كان في شهادتهم، أنها ولدتها عنده[٣]، وهي في ملكه لأنه قد تكون ولدتها[٤] قبل أن يملكها، إلا أن يقولوا أنها ولدت[٥] عنده، من أمة له جدة الصبية، فيقضى له بها. وقول ابن القاسم: أنها لمن ولدت عنده أصوب. ومحمل الأم على أنها كانت له، حتى يثبت[٦] أنها وديعة أو غصب.

وقال سحنون – فيمن حضر رجلاً اشترى سلعة من السوق –: فلا يشهد أنها ملكه، ولو أقام رجل بينة أنها ملكه، وأقام هذا بينة أنه اشتراها من السوق، كانت لصاحب الملك، وقد يبيعها من لا يملكها، والشهادة بالملك أن تطول الحيازة، وهو يفعل ما يفعل[٧] المالك لا منازع له، وسواء حضر بدء[٨] دخولها في يده أم لا فليشهد بالملك، وإن لم تطل الحيازة لم يثبت الملك، إلا أن يشهد البينة[٩] أنه غنمها[١٠] من دار الحرب وشبهه، انتهى قوله. وإلى هذا ذهب

(١) قوله: (له) ساقط من (ر).

(٢) قوله: (قال) ساقط من (ر).

(٣) قوله: (عنده) ساقط من (ف)، (ت).

(٤) قوله: (لأنه قد تكون ولدتها) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (لأنه قد تكون... يقولوا أنها ولدت) ساقط من (ر).

(٦) في (ف): (يتبين).

(٧) قوله: (ما يفعل) ساقط من (ر).

(٨) قوله: (بدء) ساقط من (ر).

(٩) في (ف)، (ت): (يشهدوا).

(١٠) قوله: (غنمها) في (ر): (غصبها).

أشهب، إلا أن يثبت الملك[١] بمجرد ولادة الأم، إلا أن تطول الحيازة؛ لأنها لو كانت المنازعة في الأم، فشهدت لهذا بينة أنها ملكه، ولهذا بينة أنها كانت[٢] في يديه، يوماً أو يومين لرجح الملك، وهذا يحسن في عدم التواريخ، فإن علم أن يد هذا تقدمت، ثم ملكها الآخر ردت إلى من تقدمت يده وإن لم يطل. قال ابن القاسم: إذا شهد لهذا في مسكن أنه يملكه، ولهذا أنه حازه فملكه وحيزه سواء، وقد يختلف اللفظ والمعنى واحد. يريد أنه حيزه فيما طال وعرف.

فصل
[في اختلاف البينات على نسيج الثياب]

ونسيج الثوب عند ابن القاسم كالنتاج سواء[٣]، وفي كتاب ابن سحنون أنه إنما يستحق النسج وحده، يقضى له بقيمته[٤] بعد أن يحلف أنه لم ينسجه باطلا.

وقول ابن القاسم أبين أن[٥] جملته لمن نسجه، وإن كان ممن ينسج للبيع، لم يكن له شيء[٦] نسج ولا غيره؛ لأن كل ما يعمله سائر السنين، في أيدي الناس بالبيع، ولو مكن من ذلك، لارتجع جميع ما يجده من عمله، إلا أن تقوم[٧] بينة على شيء بعينه، يعرف بعلامة أو غيرها، أنه كان فقده أو غصب منه، وكذلك

---

(١) قوله: (الملك) ساقط من (ر).

(٢) قوله: (كانت) ساقط من (ر).

(٣) قوله: (سواء) زيادة من (ر).

(٤) في (ر): (ببينة).

(٥) في (ر): (لأن).

(٦) قوله: (شيء) ساقط من (ر).

(٧) في (ر): (يقيم).

ناسخ الكتاب ينسخ للبيع، أو بأجرة للناس لا شيء له، وإن كان نسخه للقنية استحق جميعه.

وإن تنازع رجلان ثوباً، وشهدت لكل واحد بينة أنه نسجه كان تكاذبا، فإن كان بيد أحدهما بقي له، وإن كان بأيديهما تحالفا وكان لهما. / وقيل: إن (ف) ٢٨٧/ب
كان مما ينسج مرتين كالخز[١]، فقالت كل بينة أن هذا نسجه، وعرف الأول كان له، وللثاني قيمة عمله. وهذا فاسد وليس هذا مما يعمل، ولو علم أن أحداً نقض ثوب خز جديد ثم أعاده، وإنما ذكر الله تعالى ذلك في خرقاء كانت تنقض غزلها.

وأيضا فلا يعرف لو نقض، أن الحرير[٢] أو الصوف الذي في هذا هو عين الأول. وإنما يعلم ما دام ثوباً، ويستحيل أن يشهد على حرير أو صوف بعد أن يصنع، أنه ذلك المتقدم قبل العمل، وإن كان الأول قديماً والثاني جديداً، فذلك أبين أن لا يعرف.

فصل
[في اختلاف البينات بين الرهن والشراء]

واختلف فيمن أقام بينة، على ثوب في يد رجل، أنه رهنه عنده، وأقام الآخر بينة أنه اشتراه منه. فقال ابن القاسم – في كتاب ابن سحنون –: هو لمن أقام البينة بالشراء، إلا أن يقيم الآخر البينة أن الرهن كان بعد الشراء. قال سحنون: وقال بعض أصحابنا يقضى بأعدلهما. قال: وكذلك لو لم تكن بينة، فالراهن مصدق مع يمينه؛ لأن المرتهن أقر له بالملك وادعى الشراء.

---

(١) قوله: (كالخز) ساقط من (ر).

(٢) في (ف): (الخز).

وقوله مع عدم البينة صحيح، وأما إذا شهد لكل واحد[١] منهما، فقول ابن القاسم أحسن؛ لأنا لا نحمل البينتين على التكاذب، مع إمكان حملهما على الصدق، وقد اتفقا على ملك القائم، وقد كان بيده الوجهان جميعا الرهن والبيع، ويصح أن يكون أرهن ثم باع فتصح الشهادتان، عن مجلس واحد ولفظ واحد، فيقضى بالأعدل، فإن تكافأت العدالة قضي بالرهن؛ لأن البينتين تسقطان ويبقى إقراره.

قال مطرف – في كتاب ابن حبيب –: إن[٢] شهدت للقائم على الحائز أنه غصبه، وشهد للحائز بالشراء منه، قضي ببينة الشراء تقدمت أو تأخرت؛ لأنه إن تقدم الغصب بطل حكمه بما وقع بعده من شراء، وإن تقدم الشراء كان قد غصب ملكه.

❋ ❋ ❋

---

(١) قوله: (واحد) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (إن) ساقط من (ر).

باب
في الحيازات

الحوز مع حضور المالك يسقط ملكه، إذا كان الحوز[١] على صفة ما، يتصرف بها المالك في ملكه وذلك على وجوه:

فأما الديار، فقيل: إن حيزت عشر سنين بحضرته سقط قيامه. قال ابن القاسم: وأرى[٢] الثماني والتسع قريباً من العشر. وقيل: الأمر يختلف باختلاف صفة الحوز، وهو على ثلاثة أوجه: السكنى والأكرياء والهدم والبناء. قال مطرف: في الدار تسكن[٣] والأرض تزرع، أو تغرس عشر سنين[٤]، والهدم البين والبناء[٥] الذي لا يشبه الرم[٦] أقصر من السكنى، ومن اغتل أقوى ممن لم يغتل، والحيوان والعروض أقصر. وقال أصبغ: إذا سكن أو هدم أو بنى، أو زرع أو غرس عشر سنين وما قاربها، والثياب السنة والسنتين إذا لبست، والدابة السنتان والثلاث إذا ركبها واغتلها على وجه الملك، والأمة تشبه ذلك إلا أن يطأ بعلمه، فلم ينكر فلا شيء له، وإن لم يطل قبل الوطء، والعبيد والعروض فوق ذلك شيئاً.

وقال ابن كنانة – في المجموعة في السكنى بانفراده –: لا يستحق به شيئاً وإن أقام فيها حتى مات. قال: وكذلك الثوب يقيم الزمان الطويل لا يلبس.

---

(١) قوله: (إذا كان الحوز) ساقط من (ر).

(٢) قوله: (وأرى) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (الدار تسكن) بياض في (ف).

(٤) قوله: (أو تغرس عشر سنين) بياض في (ف).

(٥) قوله: (والبناء) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (الرم) ساقط من (ر).

ولا أرى أن يستحق بالسكنى بانفراده شيئاً، وإن طالت المدة إذا كان شأن الساكن [(١)] السكنى بالكراء، وإن كان مثله لا يسكن بالكراء فذلك حوز، وإن كان المالك للدار لا شيء له سواها، وعاد يسكن الكراء ولم يطلب هذا بكراء فذلك أبين، وإن كان من في يده الدار الآن[(٢)] يكريها، فهو أبين من السكنى، وليس الشأن فيمن اكترى أن يكري، إلا أن يقول تركت له الكراء، ليرتفق به فيقبل قوله إذا كان بينهما مؤاخاة، وكان الآخر ممن يحتاج إلى الرفق، وقد يكون صاحبها يحتاج إلى الرفق فلا يصدق، والهدم لما يخشى سقوطه لا ينقل الملك، وإن هدم صحيحاً وله قدر ليتوسع به أو ليبني غيره مكانه، نفعه الحوز[(٣)]. وكذلك إذا كان البناء زيادة مسكن أو مساكن، وكذلك العبد[(٤)] والدابة يسأل لم ترك ذلك في يديه تلك المدة؟ فإن قال عارية نظر، هل بينهما ما يعيره من أجله تلك المدة؟ وإن قال إجارة نظر هل مثله يؤاجر دابته؟ وهل كان يقتضيه في الكراء؟ وهل يشبه الآخر[(٥)] أن يستخدم أو يركب بكراء وكذلك الأمة يسأل على أي وجه، تركها طول[(٦)] تلك المدة وديعة، أو عارية، أو بإجارة؟ وهل يودع مثله[(٧)] مثلها؟ أو هو ممن يؤاجر جواريه وخدمه، والآخر ممن يستأجر؟ فمتى أتى الأول بما لا يشبه لم يصدق. ومتى أشكل الأمر حلف، وكان على

---

(١) في (ر): (الناس).

(٢) في (ف): (التي).

(٣) في (ت): (نفقة).

(٤) قوله: (وكذلك إذا كان البناء زيادة مسكن أو مساكن، وكذلك العبد) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (الآخر) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (طول) زيادة من (ر).

(٧) قوله: (مثله) ساقط من (ت).

ملكه، وقد يتبين عند النازلة من القرائن، ما لا يسقط ملك الأول، فيما قيل أنه يسقط، أو يسقط فيما قيل أنه لا يسقط، فيعمل على ما يتبين أنه من[١] القرائن[٢] لا تنحصر[٣]، والوطء والعتق والكتابة والتدبير، والبيع والهبة والصدقة والتزويج، فذلك[٤] يسقط قيام الأول وإن قرب إذا كان حاضرا عالما.

فصل
[في الحوز بين الأقارب والأصهار والموالي]

وأما الحوز بين الأقارب والأصهار والموالي، فمن علم منه المشاحة وقلة المسامحة كانوا كالأجنبيين، / ومن علم منه المسامحة في مثل ذلك إلى تلك المدة، (ف) ٢٨٨/أ أو أشكل أمره[٥]، كان على حقه وإن طالت السنون، والورثة والشركاء بخلاف من لا شرك له في ذلك ولا وارث[٦]، فيراعى في الحوز ثلاثة حسبما تقدم أحدها: السكنى والزراعة. والثاني: البناء والغرس. والثالث: الوطء والعتق وما أشبهه. فإن كانوا ورثة أو شركاء، لم يستحق بالسكنى والحرث[٧] شيئاً، وإن طالت السنون. قال مطرف: إلا أن يكون مثل الخمسين سنة. قال: وكذلك إذا كان أحدهم يغتل الثمار فهو كالسكنى، فإن زعم شركاؤه أنه قبض ذلك لهم، بتوكيله أو التقديم له في ذلك، حلفوا وكانوا على حقهم من الأصل والغلة الماضية، وإن قالوا تجافينا عن ذلك كانوا على حقهم من الأصل.

---

(١) قوله: (أنه من) زيادة من (ر).
(٢) في (ف): (والقرائن).
(٣) قوله: (لا تنحصر) ساقط من (ر).
(٤) في (ر): (كل ذلك).
(٥) قوله: (أمره) ساقط من (ف).
(٦) في (ف)، (ت): (إرث).
(٧) قوله: (والحرث) ساقط من (ف).

واختلف قول ابن القاسم فيما حازه أحدهم، ببناء أو هدم أو غرس أو كراء باسمه. فقال مرة: هو في هذا كالأجنبيين، إذا حازه عشر سنين فهو له، ثم رجع فقال: هذا لا يقطع حق الوارث الآخر[1]. وقال مطرف: هو أحق به إذا كان مثل سهمه فأكثر، فإن ادعى أن الذي عمر له، وأن حقه فيما بقي لم يقبل قوله، وإن كان الذي عمر دون حقه، أتم له بقية سهمه مما بقي، وإن حازه بالوطء والتدبير والكتابة، والإصداق والبيع كان له قولاً واحداً، إذا لم ينكر بالحضرة ثم ينظر، فإن كان دون نصيبه رجع بتمامه، وإن كان أكثر لم يرجع عليه على قول مطرف، وما حازه بعضهم من العبيد والإماء والدواب[2] وجميع العروض، يختدم ويركب ويحلب[3] ويمتهن العروض، فلا يقطع ذلك حق الباقين ما لم يطل، والطول في هذا[4] دون الطول في الحيازة بالسكنى والحرث، وفوق حيازة الأجنبيين.

❊ ❊ ❊

---

(١) قوله: (الآخر) ساقط من (ر).

(٢) قوله: (والدواب) ساقط من (ر).

(٣) قوله: (ويحلب) ساقط من (برلين).

(٤) في (ر): (ذلك).

فصل
[في حوز الولد على أبيه]

ولا يحوز الولد على أبيه[(١)] بالحرث والسكنى، واختلف إذا بنى أو غرس. فقال ابن القاسم: لا شيء له بذلك وإن طالت عمارته. قال: وهو كالحوز لآبائهم إلا ما نسبوه لأنفسهم، بشراء أو هبة أو صدقة أو صداق، وكذلك الجد وولد الولد.

وقال محمد بن دينار: فيما بنى الابن إذا لم ينقله الأب منه[(٢)]، حتى طال زمانه أو مات وهو في يديه فهو له، وإن كان أبوه ينقله من موضع إلى موضع، وهو يعمل في كل موضع لم يكن له، وإن مات أبوه وهو في يديه. وهذا أحسن ولا يحمل على أنه حائز لأبيه إذا كان منقطعاً عنه، وليس ممن يقوم بأمر أبيه، وكذلك الأب في مال ابنه لا يستحقه بالسكنى والحرث، ويستحقه بالبناء والغرس، وهو في هذا أبين من فعل الابن في مال الأب. واختلف في القرابة والموالي والأصهار، إذا لم تكن بينهم شركة. فقال مطرف: جميع[(٣)] القرابات: الأخوة وبنوهم، والأعمام وبنوهم[(٤)]، والأخوال والأصهار والموالي، كالأجنبيين فيما حازوه إذا لم يكن بينهم شركة، ولم يفرق بين الحوز بسكنى أو بناء. وقال ابن القاسم – في المجموعة في حيازة الإخوة والموالي، بعضهم على[(٥)] بعض، بالبناء والغرس وحفر الآبار -: كالأجنبيين، [وقال – في العتبية -:

(١) قوله: (الولد على أبيه) في (ر): (الوالد على ابنه).
(٢) قوله: (منه) ساقط من (ر).
(٣) قوله: (جميع) ساقط من (ر).
(٤) قوله: (وبنوهم) ساقط من (ف). وقوله: (والأعمام وبنوهم) ساقط من (ر).
(٥) في (ر): (عن).

الأصهار والموالي لا ينفعهم الحوز بالسكنى والحرث، بخلاف الهدم والبناء.

وقال أصبغ: هم كالأجنبيين(١)، إلا من كان مديراً لماله والقيام(٢) بأمره، والخول أو الوكلاء(٣) أو مختلطين به جداً. وهو مثل قول مطرف، ولا يخالف فيمن كانت تلك منزلته من صاحب المال، أنه لا يكون فيما حازه كالأجنبي(٤). ولا أرى أن يستحق أحد منهم بالسكنى وبالزراعة؛ لأنه مما يتسامح فيه مثل هؤلاء، إلا أن تطول المدة ولا أبلغ به الخمسين، إلا أن يثبت أن بينهم من المشاحنة(٥) ما لا يتركه، إلا لأنه ملكه، وأن يملك بالبناء والغرس، إلا أن يثبت أنهم يتسامحون بذلك مع بقاء الملك، أو يكون الباني والغارس من قومة المالك، أو من خدمته(٦) أو وكلائه، فلا يستحق به ويستحق بمثله، الذي يقام له على قومته، والوطء والعتق والتدبير والكتابة والبيع، في كل هؤلاء الأقارب والموالي والأصهار، يستحق به إذا لم يغير(٧) عليه بالحضرة.

❊ ❊ ❊

---

(١) قوله: (وقال – في العتبية –:... هم كالأجنبيين) ساقط من (ر).

(٢) في (ر) و(ت): (والقوام).

(٣) في (ف): (أوكلا).

(٤) قوله: (كالأجنبي) ساقط من (ف).

(٥) في (ف): (المسامحة).

(٦) قوله: (خدمته) ساقط من (ر).

(٧) في (ف): (يعثر).

باب جامع

وقال مالك- فيمن ادعى على رجل، أنه اشترى منه سلعة فجحده، وقال احلف أن لا حق لك قبلي-: فقال مالك: يحلف أنه لم يشتر منه سلعة كذا؛ لأن هذا يريد أن يورك[١]. وقيل: ذلك له. والأول أحسن لأن في تمكينه من ذلك، نقل الأحكام عن مواضعها؛ لأنه إنما يبدأ باليمين إذا أنكر الشراء، وإن أقر وادعى القضاء بدأ البائع، وكذلك إن قال استقرضت مني، فإنه يحلف أنه لم يستقرض منه، إلا أن تطول المدة مما أن[٢] اعترف المطلوب بالشراء أو القرض، صدق في القضاء فيمكن من اليمين أن لا حق لك، إلا أن يذكر الطالب[٣] وجهاً، إن اعترف بالأصل لم يصدق الآخر في القضاء.

وقال ابن القاسم - في متفاوضين ادعى أحدهما على رجل دينا من شركتهما، فجحد المطلوب/ وقال احلف على حصتك-: فقال يحلف على حصته وحصة صاحبه؛ لأنه في حصة صاحبه وكيل مفوض إليه[٤]. (ف) ٢٨٨/ب

وهذا إنما يفيد إذا كان يرى أنه يحلف يمينين؛ لأن الحق لرجلين، فهذا الطالب يطلب لنفسه وبالوكالة لغيره، وإن كانت الدعوى نصف دينار، حلف في الجامع يمينين، فإن نكل حلفا واستحقا، وإن حلف أحدهما كان له نصيبه منه، ولا شركة فيه لصاحبه؛ لأنه أخذه بيمينه وذلك كالمقاسمة. وإن حلف لأحدهما سقط نصيبه، واستحق الآخر بيمينه. وإن كانت الدعوى في أقل من نصف دينار، حلف لهما مكانه، وإن ادعى عليهما ربع دينار، كان له أن يحلف

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١٥٨. التوريك: نية ينويها الحالف غير ما نواه مستحلفه.
(٢) هكذا في (ف).
(٣) قوله: (الطالب) ساقط من (ر).
(٤) قوله: (إليه) ساقط من (ف). انظر: المدونة: ٤/ ٥٤.

كل واحد منهما[1] في الجامع؛ لأنه يقول لي قبلك ثمن دينار وثمن بالحمالة، فإن نكلا كان بالخيار بين أن يحلف مكانه يمينين ويأخذ من كل واحد منهما نصف حقه، أو يحلف يميناً واحدة في الجامع، ويستحق من أحدهما إن غاب الآخر أو أعدم.

وإن ادعى ورثة رجل، أن لأبيهما قبل رجل ربع دينار، كان بالخيار بين أن يحلف في الجامع يميناً واحدة، أن لا شيء للميت عنده، أو يحلف مكانه[2] لكل واحد منهم يميناً، أنه لا يستحق قبله من سبب[3] أبيه من ذلك شيئا، وإن حلف لأحدهما

ورد اليمين على الآخر فحلف[4]، استحق من حلف نصيبه، وإن نكل لجميعهم كان كل واحد بالخيار، بين أن يحلف أن لأبيه [5] عنده تلك الجملة، أو أنه يستحق قبله[6] في نصيبه كذا وكذا.

ومن وكل على قبض دين فأنكره المطلوب، لم يحلفه الوكيل إلا أن يوكله على تحليفه، أو يكون وكيلاً مفوضاً إليه. قال ابن القاسم – في العتبية –: إن أقر المطلوب وادعى القضاء أغرم الآن. وقيل: يؤخر لأن له رد اليمين، فلا يستحق عليه شيئاً إلا بعد يمين الطالب[7]، وهذا هو الأصل. وَرَأْيُ ابن

(١) قوله: (منهما) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (مكانه) ساقط من (ر).

(٣) في (ف): (قبل).

(٤) قوله: (فحلف) ساقط من (ر).

(٥) في (ر): (لوالده).

(٦) قوله: (قبله) ساقط من (ر).

(٧) في (ر): (الكاتب).

القاسم حمل عليه اللدد؛ لأن كثيراً ممن يفعل ذلك لوذانا[١]، فإذا اجتمع[٢] مع الموكل[٣] لم يتماد على ذلك، وتحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور. وقال – في كتاب محمد فيمن أقر لرجل بدين، وأشهد على نفسه به ثم أنكر، فطلب يمين المقر له –: لم يكن ذلك له. وقال محمد: إن أنكر وقال نسيت، أو غلطت فلا يمين عليه، وإن قال أشهدت قبل قبض ذلك، أو تركته عندك وديعة، أو رددته إليك فعليه اليمين. يريد إذا أشهد على نفسه بالثمن ويقبض السلعة لم يحلفه، وإن شهد بالثمن ولم يذكر قبض السلعة، حلفه وقال محمد بن عبد الحكم: لا يحلفه.

* * *

(١) في (ف): (لودانا).
(٢) قوله: (اجتمع) ساقط من (ف).
(٣) في (ت): (الوكيل).

باب
في صفة الأيمان ومواضعها

للأيمان صفة يحلف بها[١]، ومواضع يحلف فيها، ووقت يختص ببعضها، فالأيمان في الأموال وما أشبهها بالله الذي لا إله إلا هو. واختلف إذا قال: والله ولم يزد، أو قال: والذي لا إله إلا هو، فالذي يقتضيه قول مالك أنه يمين جائزة. وقال أشهب في كتاب محمد: لا تجزيه اليمين في الوجهين جميعاً[٢]. وأرى أنها تجزيه؛ لأنه لا خلاف فيمن حلف وقال: والله ولم يزد، أو قال: والذي لا إله إلا هو إن فعلت كذا، ففعله أنه حانث، وأنها يمين منعقدة تلزم بها الكفارة. واختلف في اللعان فقال مالك[٣] في المدونة: يحلف بالله[٤]. وقال في كتاب محمد: أشهد بعلم الله[٥]. يريد أنه جائز؛ لا أنه لا يجوز غيره. وقال محمد: يحلف بالله[٦] الذي لا إله إلا هو، في اللعان والقسامة[٧]. وقاله مالك في القسامة مرة[٨]. وقال في كتاب محمد: يحلف بالله الذي أحيا وأمات[٩]. وقال ابن الماجشون: يحلف[١٠] بالله الذي لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة الرحمن

---

(١) في (ر): (يحلفها).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١٥٣.

(٣) قوله: (مالك) زيادة من (ر).

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٥٨٠.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢.

(٦) قوله: (وقال في كتاب محمد:...: يحلف بالله) ساقط من (ر).

(٧) انظر: النوادر والزيادات ٨/ ١٥٢.

(٨) انظر: المصدر السابق الموضع نفسه.

(٩) انظر: المصدر السابق الموضع نفسه.

(١٠) قوله: (يحلف) ساقط من (ت).

الرحيم[١]. وكل هذا استحسان ليس بقياس[٢] أن لا يجزي غيره.

واختلف في مواضع اليمين، فقال مالك وابن القاسم: أنه يحلف في مكانه في أقل من ربع دينار، وفي ربع دينار[٣] فأكثر في المسجد الجامع حيث يعظم منه، فإن كانت اليمين في مسجد النبي ﷺ فعند المنبر. وقال محمد: على المنبر. وقال مالك: ويحلف بمكة عند الركن. وقال الشيخ أبو القاسم بن الجلاب: يستحلف الناس في أقل من ربع دينار في سائر المساجد، ولا يحلف عند منبر من المنابر، إلا عند منبر النبي ﷺ في ربع دينار فصاعداً. وفي كتاب محمد: تحلف المرأة في بيتها في أقل من ربع دينار، وفي ربع دينار فأكثر في الجامع، فإن كانت ممن تتصرف أحلفت نهاراً، وإن كانت ممن لا تتصرف، أحلفت ليلاً[٤]. وأجاز سحنون في كتاب ابنه في امرأتين ادعي عليهما في دور وأرض، وليستا ممن يخرج أن يحلفا في أقرب المساجد إليهما[٥]. وقال القاضي أبو محمد عبد الوهاب: إذا كانت المرأة من أهل الشرف والأقدار[٦] جاز أن يبعث الحاكم إليها من يحلفها؛ لأن في ذلك صيانة لها، ولا مقال للخصم فيه؛ لأن الذي يجب[٧] له إحلافها دون تبديتها[٨].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١٥٣.

(٢) قوله: (بقياس) زيادة من (ر).

(٣) قوله: (ربع دينار) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (ليلاً) ساقط من (ف). انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١٥٧.

(٥) انظر: النوادر والزيادات ٨/ ١٥٧.

(٦) في (ر): (والمقدار).

(٧) قوله: (يجب) زيادة من (ر).

(٨) في (ت): (تبدلها). انظر: المعونة: ٢/ ٤٨٢.

واختلف هل يقام الحالف؟ وهل يستقبل به القبلة؟ فقال ابن القاسم في المدونة: ليس عليه أن يستقبل / به القبلة[١]. وقال مالك في كتاب ابن سحنون: (ف) ٢٨٩/أ
يحلف جالساً. وقال في كتاب محمد: يحلف[٢] قائماً[٣]. وقال مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: يحلف قائماً ويستقبل به القبلة، إلا أن يكون أقل من ربع دينار فيحلف في مكانه جالساً، والمرأة في بيتها جالسة[٤]. وقال مالك في كتاب آخر: ليس على من حلف في غير المسجد أن يقوم. يريد أنه يقوم إذا كانت اليمين في الجامع.

وأرى أن يستقبل به القبلة في قليل ذلك وكثيره ولا يقام، وإن كانت اليمين في الجامع. وقد يستحسن[٥] ذلك في القليل[٦]. ولم يقم النبي ﷺ في اللعان إلا في الخامسة، أقام المرأة في موضع الغضب[٧]. وقيل: إنه أقام الرجل في الخامسة، وليس في الصحيح إقامة الرجل، ومن حلف في جميع ذلك جالساً أجزأه.

ولا يحلف في الأيمان إلى غير موضعه إلا في القسامة. قال مالك: يحلف إلى مكة والمدينة وبيت المقدس. وأما غير هذا[٨] فيستحلفون في مواضعهم، إلا أن

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٦.
(٢) قوله: (يحلف) ساقط من (ف).
(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٩/ ١٨٤.
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١٥٦.
(٥) في (ر): (يستحب)، وفي (ف): (يستحق).
(٦) في (ت)، و(ف): (في القتل).
(٧) سبق تخريجه في كتاب اللعان، ص: ٢٤٢٦.
(٨) في (ت): (غير هؤلاء)، وفي(ف): (غيرها).

يكون قريباً من المصر العشرة الأميال ونحوها[١]، وقال أبو مصعب: يحلف إلى الأمصار من كان على ثلاثة أميال[٢] وهو أحسن وأحوط، ولا يمكن من كان في البوادي من الدماء فتضيع.

* * *

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٦.

(٢) في (ف): (أيام).

فصل
[في صفة يمين الكتابي وأين يُوقع]

قال ابن القاسم: ويحلف[(١)] اليهودي والنصراني بالله في كنائسهم حيث يعظمون منها[(٢)]، ولا يحلف اليهودي بالله[(٣)] الذي أنزل التوراة على موسى، ولا النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى. ويحلف بالله فقط. قيل: له أيحلف المجوسي في بيت ناره؟ قال: يحلف حيث يعظم[(٤)]. يريد بيت ناره وغيره. وقال أبو إسحاق بن شعبان: وروى الواقدي عن مالك أنه قال: يحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى. قال: ومن الكفار من لا يحلف بما يحلف به المسلم؛ لأنه ينكر ما يقر به أهل التوحيد، ويحتج بأن ليس عليه الخروج عن دينه ليمين وجبت عليه، قال: فيحتاط حتى يقول ما لا يخرج به عن الشهادة بالحق، ولا يحلف بكفره. وقال محمد: في مجوسية أسلم زوجها فلاعنت، فقالت: أقول والنار ولا أحلف بالله، فقال: لا تحلف إلا بالله. وأرى يمين اليهودي والنصراني على ما روى الواقدي عن مالك حسن؛ لأنه إذا حلف بذلك حلف بحق وفيه تغليظ، ويزاد في يمين اليهودي: الذي لا إله إلا هو؛ لأنهم يوحدون، وفي يمين المجوسي بالله إن طاع بذلك حسن، من باب اليمين بالحق، ولا يؤدي ذلك[(٥)] إلى استخراج الحق منه، ويرهب[(٦)] اليمين بغير ذلك مما

(١) في (ف): (ولا يحلف).
(٢) في (ت): (بالله).
(٣) قوله: (في كنائسهم حيث يعظمون منها، ولا يحلف اليهودي بالله) ساقط من (ف).
(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٥٦.
(٥) قوله: (ذلك) ساقط من (ر).
(٦) في (ت): (وتذهب).

يعظم من دينه، وذلك يؤدي إلى استخراج ما طلب منه، ولا فرق بين أن يرهب[1] عليه بالموضع، فيحلف في بيت ناره، ويحلف الآخرون في كنائسهم ولا بين اليمين بما يعظمون.

❋ ❋ ❋

(١) في (ت): (يذهب).

باب
في عقوبة شاهد الزور، وهل تجوز شهادته إذا حسن حاله

ويعاقب شاهد الزور إذا ظهر عليه، ويطاف به ولا يسود وجهه، وقال محمد بن عبد الحكم: ويكتب القاضي بذلك كتاباً، ويُشهِد فيه ويجعله نسخاً يستودعها عند من يثق به[١]. واختلف في عقوبته إذا أتى تائباً ولم يظهر عليه، فقال ابن القاسم فيمن رجع عن شهادته ولم يأت بعذر، لو أدب لكان لذلك أهلاً. وقال سحنون في العتبية: لا يعاقب ولو عوقب لم يرجع أحد عن شهادته خوف العقوبة، وقياساً على المرتد[٢]. يريد أنه لا يعاقب إذا رجع إلى الإسلام. وقال مالك – في المبسوط فيمن أصاب أهله في رمضان، ثم أتى يسأل عن ذلك –: فلا عقوبة عليه. قال: ولو عوقب خشيت أن لا يأتي أحد يستفتي في ذلك[٣]. واحتج بالحديث الذي قال: «**احْتَرَقْتُ احْتَرَقْتُ فَلَمْ يُعَاقِبْهُ النَّبِيُّ ﷺ**»[٤]. فأما قبول[٥] شهادته في المستقبل، فإن أتى تائباً ثم انتقل حاله[٦]

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٣٩٠.

(٢) في (ت): (المحارب). انظر: البيان والتحصيل: ١٦/ ٣٧٨-٣٧٩.

(٣) قوله: (في ذلك) ساقط من (ر).

(٤) متفق عليه: أخرجه البخاري: ٦/ ٢٥٠١، في باب من أصاب ذنبا دون الحد فأخبر الإمام فلا عقوبة عليه بعد التوبة إذا جاء مستفتيا، من كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، برقم (٦٤٣٦)، ومسلم واللفظ له: ٢/ ٧٨٣، في باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم ووجوب الكفارة الكبرى فيه، من كتاب الصيام، برقم (١١١٢).

(٥) قوله: (قبول) ساقط من (ر).

(٦) في (ر): (ذلك).

إلى خير وصلاح قبلت إلا أن يكون قبل ذلك، عرف بالخير والصلاح فلا تقبل. وقد تقدم قول أصبغ في كتاب الأقضية، أن لا تقبل شهادته أبداً[١] إذا أقر بشهادة الزور[٢]. والأول أحسن. واختلف إذا ظهر عليه ثم تاب وانتقل إلى خير وصلاح، فقال محمد: قول ابن القاسم الآخر ألا تقبل شهادته إذا[٣] اطلع[٤] عليه، قال: وقد روي لنا فيه عن ابن القاسم قولان، والمنع ها هنا[٥] أحسن، ولم يختلف المذهب في الزنديق يظهر عليه[٦]، أن توبته غير مقبولة، وهما يتفقان في أن لا تقبل توبتهما بالحضرة، فإذا لم تقبل سقطت شهادة هذا وقتل[٧] هذا.

ويفترقان ويختلفان[٨] في أن شاهد الزور، له حياة بعد ذلك يظهر فيها صلاحه، وانتقال[٩] حاله فقبلت شهادته، لذلك ليس بمجرد قوله الأول إني تائب، ولو غفل عن رفع الشهادة عن الزنديق، حتى ظهر صلاحه ودينه وانتقال حاله لم يكن كذلك. قيل: لا شبه أن يقال[١٠] تقبل توبته مثل الشاهد،

---

(١) قوله: (أبداً) ساقط من (ر).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١٠٥.

(٣) قوله: (أقر بشهادة الزور... تقبل شهادته إذا) ساقط من (ر).

(٤) في (ف): (ظهر).

(٥) قوله: (ها هنا) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (عليه) ساقط من (ف).

(٧) في (ر): (وقبل)،

(٨) قوله: (ويختلفان) زيادة من (ت).

(٩) في (ر): (بانتقال).

(١٠) قوله: (يقال) ساقط من (ف).

ولأنها شبهة[١] يدرأ بها القتل، وأن يقال لا تقبل توبته أحسن[٢]؛ لأنه يفعل ذلك ضرورة لما تقدم/ من الظهور عليه، ليدفع عن دمه، ولا ضرورة بالشاهد. (ف) ٢٨٩/ب

وكمل كتاب الشهادة والحمد لله رب العالمين
وصلى الله على محمد خاتم النبيين وسيد المرسلين
وآله وسلم تسليما كثيراً إلى يوم الدين[٣]

(١) في (ر): (شهادة).

(٢) قوله: (أحسن) ساقط زيادة من (ف).

(٣) النهاية من (ر).

كتاب المديان

النسخ المقابل عليها:

١ـ (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

٢ـ (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤ & ٢٤٣)

٣ـ (ر) = نسخة الحمزوية رقم (١١٠)

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد
وآله وصحبه وسلم

كتاب المديان

باب
في حبس المديان وهل يقبل منه حميل ومن يحمل على الفقير وهل يقام بعد الفلس من السوق ويمنع من البيع والشراء

ومن المدونة قال ابن القاسم: قال مالك: لا يحبس الحر ولا العبد في الدين ولكن يستبرأ أمره فإن اتهم بأنه قد خبأ مالاً أو غيبه حبسه، وإلا خُلِّي سبيله إلا أن يحبسه قدر ما يتلوم له من اختباره، وعليه أن يأخذ عليه حميلاً، وإن عرفت له أموال غيبها حبسه أبداً حتى يأتي بماله ذلك، قال مثل هؤلاء التجار الذين يقعدون على أموال الناس ويقولون ذهبت منا وهو في موضعه لم يسرق ماله ولم يحترق بيته[1].

وقال في كتاب محمد: إذا زعم أنه أصيب ماله، وشهد له أنه ما عنده شيء[2]. قال: وكيف يعلم أنه ما عنده شيء، وأرى أن يسجن ولا يعجل بسراحه[3]، وقد اختلف في هذه المسألة في ستة مواضع:

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٥٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٥.

(٣) انظر: النوادروالزيادات: ١٠/ ١٦.

أحدها: هل يحمل الغريم على اليسير.

والثاني: هل يقبل منه حميل حتى يثبت فقره.

والثالث: في سجنه وفي صفة السجن.

والرابع: في صفة الشهادة على فقره.

والخامس: هل يحلف وكيف صفة اليمين.

والسادس: هل يقام للناس ويقام من السوق ويتوزع متاعه[(١)].

ويفترق الجواب[(٢)] في سابع: هل يؤاجر[(٣)] في الدين إذا كان ذا صنعة فالمعروف من المذهب أن يحمل الغريم على اليسر من غير اعتبار بحاله ولا السبب الموجب للدين، وقال مالك في المبسوط في كتاب البيوع: لا يفلس إلا الرجل التاجر المعروف بالتجارة والغنى، وأما الرجل ليس يتهم أن له مالاً كتمه، وليس بتاجر فلا يفلس ولا يستحلف؛ يريد: من كان مثله معروفاً بقلة ذات اليد.

والديون ثلاثة:

أحدهما: ما أخذ له عوض يتمول دار أو عبد[(٤)].

والثاني: أن يكون العوض ما لا يتمول كالصداق والخلع والكتابة؛ لأن العوض نفس المكاتب، وكالثوب يشتريه للباس والطعام يأكله.

والثالث: ما لم يقبض منه عوض كالحمالة والجناية ونفقة الولد والوالدين

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٣٨٢.

(٢) قوله: (متاعه ويفترق الجواب) ساقط من (ت) و(ف).

(٣) قوله: (يؤاجر) يقابله في (ح): (يسوى شيء).

(٤) قوله: (أو عبد) يقابله في (ت): (أو غيره).

والاستكمال على من أعتق بعض عبده، فإن كان الغريم[١] معروفاً باليسار واللدد، وقلة الإنصاف في القضاء لم يقبل قوله، وسجن وضيق عليه، ولم يقبل منه حميل، وإن أشكل أمره هل يصدق[٢] في دعواه الفقر وفي ذهاب ماله، وإن كان ظاهره الملاء؛ لم يصدق وحبس حتى يثبت فقره، ولم يضيق عليه في السجن، وإن أتى بحميل لئلا يسجن، وليسعى في منافعه قبل منه، وإن كان ظاهره الفقر لبذاذة حاله وصناعته كالبقال والخياط[٣] وغيرهما من الصنائع مما شأن أهلها العدم قبل قوله، ولم يحبس وعلى مثل هؤلاء يحمل قول مالك في المبسوط إلا أن تكون الدعوى في يسير مما عومل عليه في صنعته فلا يحمل على الصدق حتى يثبت ذلك، وهذا الجواب في كل ما أخذ له أعواضاً يتمول وفي الحمالة بالمال[٤]، وإن لم يكن أخذ عنها عوضاً؛ لأن المفهوم أني أقوم عليه فهو إقرار باليسر، وليس كذلك الحمالة بالطلب إذا فرط حتى لزمه المال فإنه ينظر إلى الغالب من حال مثله، وإن كان حميل وجهٍ، وقال: إن لم أحضره غرمت عنه فذلك إقرار منه باليسر بما تحمل به، وأما الصداق فيحمل أيضاً على الغالب من حال مثله، فقد علم من كثير من الناس أنهم يتزوجون بما ليس معهم، ثم يسعى ويجمع للنقد ولا يقدر على المهر وبخاصة أهل البوادي وكذلك جناية الخطأ لو جنى جناية تبلغ ربع الدية لم يحمل الجاني على اليسار بذلك دون أن يعتبر حال أمثاله، أو كانت الجناية مأمومة أو جائفة عمداً على القول إنها في مال الجاني.

---

(١) في (ف): (صاحب الدار).

(٢) قوله: (هل يصدق) يقابله في (ف): (صدق).

(٣) قوله: (والخياط) يقابله في (ت): (والحناط).

(٤) قوله: (وفي الحمالة بالمال) ساقط من (ت).

قال عبد الملك بن الماجشون في المبسوط: فيمن أعتق بعض عبد[1] وقال: ما عندي ما أعطي منه قيمة الباقي. قال: إن لم يكن له مال ظاهر سُئل جيرانُه، ومن يعرفه، فإن قالوا: لا نعلم له مالاً حلفَ، وتركَ[2]. قال سحنون: جميع أصحابنا على ذلك في العتق إلا في اليمين فإنه لا يستحلف عندهم[3]. فهذه المسألة أصل في كل ما لا يؤخذ عنه عوض أنه لا يحمل فيه على اللدد ولا على الملاء ومثله نفقة الوالدين، فأما نفقة الولد فإن محمل الأب فيها على الملاء؛ لأن الغالب من الناس القيام بالولد والتحيل[4] له من صناعة أو غيرها.

فصل
[في حبس الغريم إلى أن يثبت فقره، ثم يأتي بحميل ليسعى في منافعه]

(ف) ٢٩٠/أ وإذا حبس الغريم في دين حتى يثبت فقره ثم أتى بحميل ليسعى/ في منافعه كان ذلك له عند ابن القاسم ولم يسجن[5]. ومنعه سحنون[6]، والأول أحسن، إلا أن يكون معروفاً باللدد فلا يقبل منه حميل؛ لأن السجن أقرب لاستخراج الحق من أمثاله، فإن قبل الحميل وغاب المتحمل له فأثبت الحميل فقر الغريم برئ من الحمالة؛ لأنَّ اليمين بعد ثبات الفقر أنه لم يكتم شيئاً استحسان واستظهار؛ إلا أن يكون ممن يظن به أنه كتم وممن[7] لو لم يغب

---

(١) في (ت): (عبده).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٨٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٨٦.

(٤) في (ف): (والتحمل).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٥٩.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧.

(٧) قوله: (ممن) ساقط من (ف).

ونكل عن اليمين لم يصرح[١].

واختلف في صفة السجن فقال سحنون إذا سجن في دين زوجته أو غيرها فأرادت زوجته أن تدخل إليه لتبيت معه لم تمكن من ذلك؛ لأن المراد من سجنه التضييق عليه[٢]. وقال محمد بن عبد الحكم: إذا أراد الطالب أن يفرق بين الغريم وزوجته وطلب الزوجان أن يجتمعا فذلك لهما إذا كان السجن خالياً[٣]. وهذا أحسن فيمن أشكل أمره هل هو في معنى اللدد أم لا؟ فأما من علم منه اللدد، فالقول الأول أحسن، وكذلك من ثبت فقره، وعرف بأكل أموال الناس فإنه يسجن، ويضيق عليه أدباً له ويمنع منه ولده، ومن يعز عليه.

وقال محمد بن عبد الحكم: ولا يخرج المحبوس للجمعة ولا للعيدين واستحسن[٤] إذا اشتد مرض أبويه أن يخرج يسلم عليهما، ويؤخذ كفيل بوجهه، ولا يفعل ذلك في غيرهما من القرابات، ولا يخرج لحجة الإسلام، وإن كان أحرم بحجة الإسلام[٥] أو بعمرة أو بنذر أو حنث ثم قيم عليه بالدين حبس، وبقي على إحرامه، قال: وإن وجب عليه الدين يوم[٦] نزوله بمكة أو بمنى أو بعرفة، استحب[٧] أن يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج، ثم يحبس بعد النفر الأول، ولا يخرج ليغير على عدو ولا لمرض إلا أن يذهب عقله فإن

(١) في (ف): (يبدد).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨.

(٤) في (ت): (واستحب).

(٥) قوله: (الإسلام) ساقط من (ت).

(٦) في (ف): (بعد).

(٧) في (ف): (استحسنت).

عاد عقله رد، وإن اشتد مرضه، واحتاج إلى أمة تباشر ذلك منه، فلا بأس أن تجعل معه حيث يجوز(١).

وقوله: في الجمعة يصح على القول أنها على الكفاية، وأما الأمة فإنها تباع للغرماء، إلا أن ينزل به ذلك قبل البيع فتكون ضرورةً لحاجته لمن يقوم به ممن يتكشف إليها فلا تباع.

فصل
[فيما إذا عجز الغريم عن إثبات فقره، ثم شهدت بينة بالفقر]

وإذا عجز الغريم عن إثبات فقره لم يخرج من السجن، فإن شهدت له بينة بالفقر سئلت؛ كيف علمت ذلك فإن كان من قول الغريم وشكواه - ذهب ما في يدي وخسرت وما أشبه ذلك، لم تكن شهادة، وإن قالوا: كنا نرى تصرفه في بيعه وشرائه، وقدر أرباحه أو نزول الأسواق عليه ونفقته على عياله ونقص رأس ماله شيئاً بعد شيء، وإن ذلك يؤدي إلى ما ادعاه كانت شهادة، وقد تنزل مسائل لا يقبل فيها العجز عما طولب به، وإن كان المطلوب فقيراً فمن ذلك الرجل يطلب بدين عليه مناجمة، ويدعي العجز بعد قضاء بعضها، ويأتي لمن يشهد بفقره وحالته لم تتغير الآن عن وقت الأداء والرجل يطلب برزق ولده بعد طلاق الأم فلا تسمع بينته بالفقر ولا بالعجز؛ لأنه بالأمس قبل الطلاق كان ينفق عليهم، فهو اليوم أقدر لزوال نفقة الزوجة عنه إلا أن تشهد بينة أنه نزل به ما نقله عما كان يقدر على الإنفاق من أجله.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨.

فصل
[فيما إذا ثبت فقره]

وإذا ثبت الفقر أحلف أنه لم يكتم شيئاً، وأنه لا دين له ولا وديعةً ولا رهن ولا شيء يقدر على القضاء منه، وكان الخليفتان[١] يزيدان في يمينه، ولئن وجدت له قضاء حيث لا يعلم لأقضينه، وهذا التغليب أحد الضررين؛ لأنَّ الغالب من الغريم كتمان ما يفيده، والنادر من يأتي للقضاء إذا أفاد شيئاً، فكان في اليمين الآن حسن نظر للطالب والمطلوب، لئلا يقوم به بعد ذلك، وتطلب يمينه إذا مرت به مدة يمكن أن يفيد فيها، واليمين على من عرف بالملاء في الجامع؛ لأن من يعلم أنه ينتزع من ماله يستعد ويدخر ويتحيل لما يجده[٢] بعد.

فصل
[في إقامته من السوق أو للناس]

واختلف هل يقام من السوق ويختلف هل يقام للناس لئلا يغتروا بالبيع منه، فقال مالك في كتاب محمد فيمن تعمد إتلاف أموال الناس: يقام من السوق فعلى هذا يقام للناس كما قال في السفيه إذا حجر عليه، وقال مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب في المفلس لا يقام للناس[٣]، وهذا حسن فيمن لم يتعمد تلف ذلك فلا يقام للناس ولا يقام من السوق.

* * *

(١) هكذا في جميع النسخ.
(٢) في (ت): (يجد).
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧.

فصل
[في إجارة الحر في الدين]

قال مالك: ولا يؤاجر الحر في الدين[(١)]، قال الشيخ ﵀: المفلس ثلاثة تاجر وصانع عامل الناس على صناعته، وصانع باع صنعته فإن كان تاجراً لم يؤاجر فيما عليه؛ لأنه لم يعامل على ذلك، وعلى ذلك تكلم مالك، وإن كان صانعاً يداين ليعمل ويقضي من عمله، ثم عطل جبر على العمل فإن أبى استؤجر في صناعته تلك، وإن باع منافعه لينسج لرجل ثياباً أو يخيط متاعاً مدة معلومةً جبر على أن يعمل تلك المدة، ويفترق الجواب/ إذا كان محتاجاً إلى ما ينفق، فأما من يداين (ف) ٢٩٠/ب
ليعمل ويقضي فإنه يبتدئ بنفقته[(٢)] ونفقة عياله، ثم يقضي دينه[(٣)] من الفاضل، وإن باع منافعه مدة معلومة بدي الذي استأجره، وإن أدى ذلك إلى أن يتكفف؛ لأن منافعه صارت ملكاً لمن اشتراها فأشبه من باع سلعةً، فلم يسلمها حتى افتقر فإنه يسلمها، وإن تكفف الناس إلا أن يخاف عليه الموت فيخير الذي استأجره بين أن يسلفه ما يعيش به دون عياله حتى يتم عمله أو يتركه يعمل عند غيره بمثل ذلك لأنه إن منع هلك ولم ينتفع المستأجر بشيء.

فصل
[في حبس من عليه دين]

ويحبس النساء في الدين وغيره بموضع لا يكون فيه رجلٌ[(٤)]، والأمين

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٨١.

(٢) قوله: (يبتدئ بنفقته) يقابله في (ف): (يترك له نفقته).

(٣) قوله: (دينه) ساقط من (ف).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨.

عليهن امرأةٌ مأمونةٌ لا زوجَ لها أو لها زوجٌ مأمونٌ معروفٌ بالخيرِ، ويحبس الولد في دين الأبوين، ويفترق الجواب في حبس الأب. فقال ابن القاسم: لا يحبس الأب في دين الولد[١]، وقال محمد بن عبد الحكم: يحبس إذا امتنع من النفقة على ولده الصغير؛ لأنَّ ذلك يضر بهم، وليس كدين الولد[٢] على أبويه[٣]، وقال أيضاً: يحبس الأب إذا كان في يده مال للولد، يريد: إذا لد عن[٤] تسليمه إلا أن يكون المال عيناً، وله مال ظاهر يقدر على الأخذ منه، فيؤخذ ولا يحبس، وإذا ادعى الفقر كلف إثبات ذلك من غير حبس بخلاف الأجنبي، ويسأل عنه فإن علم أنه على اللدد، والمال له قدر، ولم يوجد له مال ظاهر يقضي به دينه[٥] حبس حتى يقضي وإن أشكل أمر يسره أو كان الذي يطلب يسيراً وله قدر وهو حقير في كسب هذا الابن لم يحبس، وهذا الجواب في حبسه.

واختلف في تحليفه له وفي حده إذا قذفه وفي القصاص منه إن قطعه أو قتله فقال مالك في المدونة: لا يحلف الابن الأب[٦]، وفي كتاب محمد يحلفه وهو بذلك عاق وترد شهادته[٧]. وقال ابن الماجشون في ثمانية أبي زيد: ليس بعقوق ولا ترد شهادته.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٦٠.

(٢) قوله: (الولد) ساقط من (ف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨.

(٤) قوله: (لد عن) يقابله في (ف): (ادعى).

(٥) قوله: (دينه) ساقط من (ت).

(٦) انظر: المدونة: ٤/ ٦٠.

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٢٢١.

وأرى[١] إذا كانت الدعوى من ناحية التهمة؛ أتهمه أن يكون أخذ له شيئاً، أو كتمه بعض ما ورثه عن أمه ألا يحلف إلا أن تكون التهمة قوية ظاهرة في شيء له قدر وبال يضر بالولد إمساكه عنده فيحلف، وإن ادعى أنه جحده ما داينه له وله قدر أحلفه، وإن كان يسيراً لم يحلفه فإن اجترأ وحلفه كان بذلك عاقّاً ساقط الشهادة؛ لأنّ تحامله على تحليف أبيه في مثل ذلك القدر دليل على سقوط مروءته إلا أن يكون الأب من أهل الدين والفضل، ويتهم الابن أن يكون أراد أذاه لشنآن وقع بينهما أو لأنّ الأب امتنع من أن يعطيه أو يهبه فلا يحلف، وقال ابن القاسم: إذا قذف الأب ولده حد له وعفوه عنه جائز، وإن بلغ الإمام[٢] ويقتص منه إن قطعه أو قتله[٣]، وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: يحد إن قذفه[٤]، ويقتص منه إن جرحه أو قتله، ولا يقتل بمن قتل إذا كان ولي الدم ابنه وهو أبين، وأراه عظيماً أن يحده أو يقطع منه عضواً أو يقتله، وقتل من قتله من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقتل الأب ولده، والقائم بالدم أخو المقتول.

والثاني: أن يكون القائم بالدم[٥] عم المقتول، أو ابن عمه.

والثالث: أن يكون المقتول ليس بولد القاتل، والقائم بالدم ابن القاتل، وكل هذا فلا أرى أن يكون على الأب فيه قصاص، وأشدها في المنع أن يقوم

(١) قوله: (وأرى) يقابله في (ف): (وأراد).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٣٧٢.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٩٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٣٧٢.

(٥) قوله: (بالدم) ساقط من (ف).

الابن على أبيه بقتل عمه، أو ابن عمه، ثم قيامه ليقتله(١) في أخيه، وأقربها في القصاص أن يقتل الأب ولده، ويقوم بالقصاص العم أو ابن العم؛ لأنَّ القائم بالدم يقول: ليس بيني وبين القاتل حرمة تمنع القصاص، والأب يقول: أنت تقوم بالقصاص عمن بيني وبينه حرمة، وأشكل من ذلك أن يقوم بالقصاص ابن أخي القاتل، فيريد: أن يقتص من عمه وقد قال النبي ﷺ: «**العَمُّ صِنْوُ الأَبِّ**»(٢)، فالحرمة بين القاتل والمقتول؛ لأنه ولده، وبينه وبين القائم بالدم؛ لأنه معه كالأب.

وقال ابن القاسم في كتاب الديات: إذا قال المقتول دمي عند أبي يقسم مع قوله ويستحق الدية في الخطأ على العاقلة وفي العمد من ماله(٣) ولم يجعل فيه قصاصاً من غير مراعاة للقائم بالدم، هل هو ولد أو عم أو ابن عم، وقال أيضاً: إذا قتل ولده وكان ولي الدم الولد لم يقتص منه(٤).

فصل
[في حبس الجد لولد الولد]

وأجاز في المدونة أن يحبس الجد لولد الولد وعلى هذا يحلف وألا يحلفه أحسن؛ لأن له حرمة الأب(٥).

---

(١) في (ف): (ليقتل).

(٢) أخرجه مسلم: ٢/ ٦٧٦، في باب في تقديم الزكاة ومنعها، من كتاب الزكاة، برقم: (٩٨٣)، بلفظ: (أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٦٥٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ١٢٥.

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٦٠.

واختلف في القصاص منه، ويحبس السيد في دين مكاتبه[١] إلا أن يكون قد حل من نجومه ما يوفي بدينه أو يكون في قيمة المكاتب إن بيع ما يوفي بدينه[٢]، ويحبس المكاتب في دين السيد إن كان الدين من غير الكتابة، ولا يحبس[٣] في الكتابة[٤] إلا على القول أنه لا يعجزه إلا السلطان فإن له أن يسجنه إذا كان يرى أنه كتم ماله رغبة في العجز[٥].

فصل
[فيما إذا أقر الغريم بالملاء، ولدّ عن القضاء]

وإذا أقر الغريم بالملاء[٦] ولدّ عن القضاء[٧]، فإن وجد له مال ظاهر قضى منه، وإلا سجن، فإن قضى وإلا ضرب حتى يقضي ما عليه، وإن سأل الصبر/ (ف) ٢٩١/أ
لإحضار ما عليه، وقال: ليس لي ناض[٨] كان ذلك له[٩].

واختلف في حدّ التأخير، وهل يؤخذ منه حميل، وهل يحلف أنه عاجزٌ عن إحضاره الآن. فقال سحنون: يؤخر اليوم وشبهه ويعطي حميلاً فإن لم يعط حميلاً سجن[١٠]. وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: ذلك على حالات

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧.
(٢) قوله: (ما يوفي بدينه أو يكون في قيمة المكاتب إن بيع ما يوفي بدينه) ساقط من (ف).
(٣) قوله: (ولا يحبس) يقابله في (ف): (ويحبس).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧.
(٥) قوله: (رغبة في العجز) يقابله في (ف): (عنه).
(٦) في (ف): (بالمال).
(٧) قوله: (بالملاء ولدّ عن) يقابله في (ح): (بمال وادعى القضاء).
(٨) في (ت): (قاض).
(٩) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧.
(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧، ١/ ١٧٥.

المطلوب والشيء الذي يطلب به ففرق بين أجل التأخير ولم يحده بوقت[١].

وقال مالك في المبسوط: ذلك فيختلف[٢] في الملي والمعدم، وقلة المال وكثرته فرجل عليه مائة دينار وآخر عليه ثلاثمائة. وأرى أن يؤخر الملي ثلاثاً أو أربعاً أو خمساً وما له حد معلوم، ولم يجعل عليه في ذلك حميلاً، وهذا حسن أن يعتبر[٣] حال الرجل، وقدر المال فيؤخر بقدر جمعه لذلك، ومتى أشكل الأمر لم يحمل على اللدد إلا أن يكون مثل ذلك الدين ما يتعذر على مثله ليسره وقلة الدين، فيلزم بالقضاء بالحضرة، وإذا كان الحكم التأخير لم يلزم حميلاً؛ لأن المداينة لم تكن بحميل، ولا ظهر منه ما يوجب نقله عن ذلك؛ لأنه مقر باليسر وليس بمنزلة من ادعى الفقر؛ لأنه عند دعوى الفقر يخشى منه الفرار والتغيب إلا أن يكون هناك ريب نزل على تغيبه أو أنه يريد سفراً أو يكون ملداً، وإلزامه بالحميل أقرب لاستخراج الحق منه فيلزم بالحميل، وإن كان مقراً باليسر وكان[٤] يقدر على القضاء من يومه ببيع ما يشق عليه بيعه وخروجه من ملكه مثل جاريته وعبده التاجر ومركوبه وما يدركه من بيعه مضرة أو معرة لم يؤخذ ببيعه؛ لأنَّ الشأن القضاء من غير ذلك وإلى هذا ذهب مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ في المبسوط. فقال قد يكون للرجل العروض[٥] التي يحتاج إليها، وإن باعها أضر به فلا بأس أن ينظر الإمام في مثل هذا، ويضرب أجلاً لا يشق على الطالب والمطلوب.

* * *

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١/ ١٤.

(٢) في (ف): (يختلف).

(٣) في (ت): (يتغير).

(٤) قوله: (وكان) يقابله في (ت): (وإن كان).

(٥) قوله: (وإلى هذا ذهب مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ في المبسوط ... العروض) ساقط من (ت).

باب
في الوصي أو الوارث يقضي بعض غرماء الميت

وإذا كان على الميت مائتا[(١)] دينار لغريمين فقضى الوصي أو الورثة أحدهما ثم طرأ الآخر فإنه لا يخلو أن تكون تركته مائة دينار أو مائتين أو مائة وخمسين، فإن كانت مائة فقضاها الوصي أو الورثة، وهم غير عالمين بالآخر ولم يكن الميت موصوفاً بالدين، كان مقال الغريم الطارئ مع صاحبه دون الوصي أو[(٢)] الورثة فيأخذ منه نصف ما أخذ، وإن كانوا عالمين بدين الطارئ أو كان موصوفاً بالدين وقضوا مبادرة من غير استيناء كان للطارئ أن يرجع على صاحبه، وأن يبتدئ به؛ لأن عين حقه في يديه[(٣)].

واختلف إذا أراد أن يبتدئ بمن كان قضاه دون القابض، وهو قادر على أخذ ذلك من صاحبه؛ لأنه حاضر موسر غير ملد فجعل له[(٤)] مدة البداية بالغريم؛ لأن البداية بالوصي أو الورثة ضررٌ عليه من غير فائدة للقادم وجعل مدة له[(٥)] أن يبتدئ بمن كان قضى؛ لأنه المتعدي، والأول أحسن إذا تساوى قبضه من القابض أو المتولي الدفع، أو كان تناول الحق من الغريم أقرب، وإنما كان له أن يبتدئ بالقابض خلاف الغاصب؛ لأنَّ الغاصب واهب ومتى غرم[(٦)] لم يكن له على الموهوب له شيء، والوارث غير واهب؛ لأنه دفع على

---

(١) في (ت): (مائة).

(٢) في (ف): (و).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٦٢.

(٤) قوله: (له) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (له) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (ومتى غرم) يقابله في (ت): (وما عدم).

وجه القضاء فإن غرم رجع فكأن[١] البداية بغرم من لا رجوع له أولى من غرم من يرجع من غير فائدة للقابض الآن إلا أن يكون[٢] تناول ذلك[٣] من الوصي أو الوارث أقرب بالأمر البين؛ لأنَّ معه ناضاً، والذي عند الآخر مما يطول بيعه أو كان ملداً أو غاب فيبتدأ بالوارث أو الوصي قولاً واحداً، وإن خلف الميت مائتين دينار فقبض الحاضر مائة وفضلت[٤] بأيدي الورثة مائة[٥] كان مقال الطالب مع الورثة؛ لأنه قد بقي من تركة الميت ما يوفي بحقه، ثم لا تخلو المائة التي أخذ الورثة من ثلاثة أوجه:

إما أن تكون قائمةً بأيديهم، أو أكلوها، أو ضاعت ببينة أو بغير بينة، فإن كانت قائمة العين أخذها، وإن أكلوها ضمنوها، وإن ضاعت كان الجواب في ضياعها على ثلاثة أقسام:

فإن أمسكوها لأنفسهم، وهم عالمون بدين الطارئ؛ ضمنوها كانت لهم بينة على ضياعها أم لا، وإن لم يعملوا بدينه، ولم يعلم ضياعها إلا من قولهم لم يصدقوا وضمنوها، وإن كانت لهم بينة لم يضمنوها، وكانت مصيبتها من الميت.

وقال أشهب: يضمنوها مع قيام البينة، والأول أصوب؛ لأن كل مستحق منه[٦] لا يضمن ما كان في يده إلا أن يكون تلفه من سببه عمداً.

---

(١) قوله: (رجع فكأن) يقابله في (ت): (كان).

(٢) قوله: (الآن إلا أن يكون) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (ذلك) ساقط من (ت).

(٤) في (ت): (ونصف).

(٥) قوله: (مائة) ساقط من (ت).

(٦) قوله: (منه) ساقط من (ت).

واختلف إذا كان خطأ فإن لم يكن له في ذلك سبب عمداً ولا خطأ لم يضمنه إلا أن يكون متعدياً في وضع يده عليه، وإن وقفوها[١] للغريم لم يضمنوها/ . (ف) ١٩١/ب

واختلف هل تكون مصيبتها ممن وقفت له، فقال مالك وابن القاسم: المصيبة من الميت، ولأشهب في كتاب محمد: المصيبة ممن وقفت له، وذِكْر ذلك يأتي في كتاب القسم[٢]، وإن مات الميت عن مائة وخمسين، فأخذ الحاضر مائة كان للطارئ أن يرجع على الورثة بخمسين، ويرجع على صاحبه بخمسة وعشرين، ثم يراعى فيها ما تقدم، ذكره هل كان القضاء من الورثة، وهم عالمون أو غير عالمين، وهل الغريم حاضر أو غائب موسر أو معسر، ويراعى في الخمسين، هل هي قائمة أو فاتت أكلوها أو ضاعت؟.

فصل
[فيما إذا كانت التركة عروضاً فباعها الورثة]

وإن كانت[٣] التركة عروضاً فباعها الورثة فإنه لا يخلو بيعهم من ثلاثة أوجه: أما أن تكون للقضاء، أو لأنفسهم؛ فإن كان للقضاء مضى[٤] البيع وكان مقال الطارئ إذا أتى أن يتبع بماله مع صاحبه إلا أن يكون الوارث عالماً بدينه، أو يكون الميت موصوفاً بالدين، فيعود الجواب إلى ما تقدم هل يبتدئ الطالب بالغريم أو بهم، وإن باعوا لأنفسهم، وهم عالمون بدين الطارئ أو غير عالمين، وهو موصوف بالدين وباعوا مبادرة كان له رد البيع. قال محمد: إلا أن يحب

(١) في (ف): (دفعوها).

(٢) انظر: (باب في قسمة الوصي على من يلي عليه من صغير).

(٣) قوله: (كانت) زيادة من (ف).

(٤) قوله: (مضى) ساقط من (ف).

المشتري أن يدفع قيمة ما نمى عنده، أو نقص قيمته يوم قبضه بذلك له، ويتبع المشتري الورثةَ بما دفع إليهم.

قال الشيخ ﷺ: أو يكون الورثة مياسر، ولا بخس في الثمن أو يكون فيه بعد البخس ما يوفي بالدين فلا يرده.

واختلف إذا لم يعلموا بدين الطارئ، ولا كان موصوفاً بالدين، فقال مالك: البيع ماضٍ، ولا شيء للغريم على المشتري لا في أعيان السلع ولا في قيمتها إن كانت فائتة، وإنما مقاله مع الورثة.

وفي كتب الجنايات لغير ابن القاسم إذا خلف الميت جارية فباعها الورثة ولا علم عندهم بدين أبيهم، قال: إن فاتت عند المشتري بعتق أو باتخاذها أم ولد لم يكن لهم إلى رد العتق سبيل، وإنما لهم الثمن إن وجدوه، وإلا أتبعوا به من أخذه(١)، وظاهر قوله أن لهم رد الـمبيع إذا كان قائماً لم يفت بعتق، وإن فات بحوالة الأسواق، وقال عبد الملك في كتاب محمد: إذا باعوا للقضاء ولأنفسهم فالبيع ماضٍ، والقضاء فاسد، ويرجع الطارئ على الغريم بما ينوبه في جميع ما قبضه ولا يحسب عليه ما في يدي الورثة(٢)، وقول مالك وابن القاسم في هذا أن القضاء فيما ينوب الحاضر صحيح، وقد اختلف في المفلس أحد غرمائه غائب إذا قضى القاضي للحاضر بحقه، وبقي نصيب الغائب في الذمة، هل يمضي للحاضر نصيبه أو يكون جميع القضاء فاسداً؟.

* * *

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٦٠٥.

(٢) انظر النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢.

باب
في قضاء المريض والمفلس ورهنه

وقال مالك وابن القاسم في المريض يقضي بعض غرمائه: ليس ذلك له؛ لأن قضاءه الساعة على وجه التوليج(١).

قال الشيخ ﷺ: قضاؤه على ستة أوجه يصح في خمسة، ويختلف في واحد، فيصح إذا قضى ثمن سلعته بيد بائعها لم يسلمها بعد أو يسلمها وهي قائمة العين لأنه(٢) لو لم يقضه لكان أحق بها أو مستهلكة، والغرماء عالمون بفلسه، وتركوه للبيع والشراء، ولم يقوموا عليه، أو كانوا على شك من اختلال(٣) حاله لأمور حدثت أو كان ظاهر اليسر ومعلوم من غرمائه أنهم لو علموا بفلسه لم يقوموا بما يرجون من معاملته لغيرهم، ويقضي مما يدخل عليه أو ليجبر الخسارة، ويختلف إذا كانوا لا يتركون الضرب عليه(٤) لو علموا.

وقد قال ابن القاسم في العتبية: إذا اجتمع رأي(٥) غرمائه على فلسه، فبادر أحدهم إليه واقتضى منه أن للغرماء أن يدخلوا عليه(٦). وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: هو أحق ولا يدخلون عليه(٧). وقول ابن القاسم أحسن.

* * *

---

(١) انظر المدونة: ٤/ ٦٣.

(٢) قوله: (لأنه) ساقط من (ت).

(٣) في (ت): (الحال).

(٤) قوله: (عليه) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (رأي) ساقط من (ت).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٤٣٦.

(٧) النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٣.

باب
في المريض يؤخر غريمه بدينه[١]

وإذا أوصى المريض لرجل بدين له عليه وهو مائة دينار أن يؤخر عنه سنة، ولم يحمل ثلثُهُ ذلك خُيِّرَ الورثةُ بين أن يجيزوا الوصية أو يقطعوا له بثلث الميت بتلا فيسقط عنه ثلث ما عليه ويأخذ الثلث مما سواه[٢] وإن أوصى مع ذلك بوصايا وصاروا إلى الحصاص ضرب الموصى له بالمائة بقدر ربحه فيها فإن كان تاجراً أو بزازاً أو ما أشبه ذلك ممن يدير نُظر إلى قدر ربحه فيها سنة على المعتاد عندهم فإن قيل: خمسون ديناراً فضت تلك الخمسين على أيام السنة ثم ينظر إلى ما ينوب كل يوم من تلك الدنانير، فإذا علم ذلك قومت/ تلك الخمسون (ف) ٢٩٢/أ كم تساوي لو بيعت بالنقد على أنها تقبض مؤجلة كل يوم كذا وكذا، وإن لم يكن الموصى له ممن يدير قيل في كم تسلم هذه المائة على المعتاد مما يسلم فيه بذلك البلد على أنه يقبض إلى السنة، فإذا عرف ذلك قيل: بكم يرى أنه[٣] يباع ذلك عند حلول السنة، فإن قيل: بمائة وخمسين علم أن الربح خمسون فتقوم تلك الخمسون بما تباع به بالنقد على أنها تقبض إلى سنة، ثم يحاص أهل الوصايا بذلك.

* * *

(١) قوله: (باب في المريض يؤخر غريمه بدينه) ساقط من (ت).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٦١.

(٣) قوله: (أنه) ساقط من (ت).

باب
في إقرار المريض

إقرار المريض على ستة أوجه: لأجنبي، أو لصديق ملاطف، أو لوارث، أو لأجنبي وصديق، أو لأجنبي ووارث، أو لأجنبي وصديق ووارث. فإن أقر لأجنبي؛ جاز، وإن أقر لصديق ملاطف؛ جاز إقراره بشرطين ألا يكون عليه دين لأجنبي، وأن يكون ورثته أولاداً ذكوراً أو ذكوراً وإناثاً. فإن كان عليه دين لأجنبي أو كان ورثته عصبة؛ لم يجز إقراره.

واختلف إذا كان وارثه إناثاً أو عصبة أو أبويه فقيل: إقراره ساقطٌ، وقيل: جائز، وهو أحسن؛ لأن إقراره على العصبة إقرار على البنت، والفرار عنهم فرار عنها إلا أن تكون هناك تهمة في الصديق أن يرده للبنت.

وقال ابن القاسم في كتاب الوصايا الأول: الأبوان كالعصبة يتهم في الفرار عنهم[1]. وأجاز ذلك في كتاب محمد[2] وهو أبين، ولا يتهم أن يفر عن أبويه إلى صديقه[3].

واختلف إذا لم يجز إقراره مع العصبة هل يجوز إذا حمل ذلك الثلث، أو يرد إلى الثلث قياساً على قوله في السيد يقر في مرضه أنه قبض كتابة مكاتبه. فقال: إن حمله الثلث؛ جاز؛ لأنه لو شاء أعتقه، وإن لم يحمله؛ لم يجز قوله؛ يريد: حمله الثلث، ولم يشغل الثلث بوصية فتضعف التهمة لما كان قادراً على أن

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٣٤٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٨٤. نص النوادر: (قال ابن المواز: والأبوان عندنا كالولد في رفع التهمة بهما).

(٣) في (ت): (صديق ملاطف).

يجعلها وصيةً في الثلثِ فعلى هذا يجوز إقراره للصديق إذا حمله الثلث فيخرج من رأس المال، فإن احتيج شيء من المال بعد موته، وقبل النظر في التركة حتى صار لا يحمله الثلث أخذ ذلك من رأس المال؛ لأن محمل إقراره كان على الصحة، ويجري فيها قول آخر: أنه إذا كان قوله في الأصل لا يحمله الثلث أنه يرد إلى الثلث، ويسقط الزائد قياساً على قوله في كتاب العتق: أنه يجعل الفضل الذي اتهمه فيه في الثلث.

فصل
[فيما إذا أقر للزوجة والوارث ولد]

فإن أقر للزوجة وورثته ولد جاز إلا أن يقوم دليل تهمة فيها، إما لأنه معروف بالميل إليها، أو تعلق النفس بها[(١)] أو تكون شابة وهو شيخ وله ولد من غيرها[(٢)] فالشأن أنها تستميله، وتصده عن ولده، وكذلك إذا كان جميع ولده منها وبعضهم صغير قال في كتاب محمد: إن أقر لها وهي مطلقة وله ولد منها فإنه يتهم[(٣)] فاتهمها في الولد الصغير، وإن كانت الزوجة في غير العصمة.

قال ابن القاسم: أو يعلم منه البغضة لولده فكل هذا قرائن تدل على التهمة[(٤)]، وهذا إذا كان إقراره بدين من غير الصداق، ولا يقبل إقراره بمقدم صداقها قبل الدخول، ويقبل إقراره بالمهر؛ لأنَّ الشأن بقاؤه في الذمة وكأنه لو ادعى دفعه لكان القول قولها، وإن أقر لها بدين وورثته عصبة لم يصدق فإن

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٥١٧.

(٢) قوله: (من غيرها) ساقط من (ف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٨٥.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٨٥.

كانت بنتاً وعصبة جرى على الخلاف المتقدم.

فصل
[فيما إذا أقر للولد مع الزوجة]

وإن أقر للولد مع الزوجة لم يصدق إلا أن يعلم منها[(١)] البغضة له[(٢)]، وإن أقر لأحد ولديه ولا زوجة له[(٣)]، ولا يعلم منزلتهم منه في الحب والبغض؛ لم يصدق، وإن كانا صغيراً وكبيراً؛ لم يصدق في إقراره للصغير[(٤)].

واختلف في إقراره للكبير وأن يجوز أحسن؛ لأنه لا تهمة هناك، وكذلك إن كانا كبيرين بارّاً وعاقّاً؛ لم يجز إقراره للبار.

واختلف في إقراره للعاق فأجاز ابن القاسم في الرابع من الوصايا من كتاب محمد[(٥)]، وإن كانا صغيراً وكبيراً بارّاً وعاقّاً؛ لم يجز إقراره للصغير ولا للبار ويجوز للعاق على المستحسن من القول، وإن كانا ابناً وبنتاً فأقر للابن جاز إن كانت الابنة بكراً، ولم يجز إن كانت الابنة[(٦)] ثيباً ذات زوج؛ لأن المعروف ميل الأب حينئذٍ للابن، وإن أقر للبنت بعكس هذا فيجوز إن كانت ذات زوج، ولا يجوز إن كانت بكراً؛ لأنها في معنى الصغير، وإنما تتزوج

---

(١) في (ف): (منه).

(٢) قوله: (له) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٨٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٨٥، البيان والتحصيل: ١٠/ ٥١٧. ونص العتبية: (وقال: إن كان بعضهم باراً حسن الحال، وآخر عاق خبيث فأوصى لهذا العاق الخبيث بدين له عليه، ذكره من قبل أمه أو بشيء فهو جائز، وإن كان أوصى بذلك للبار لم يجز).

(٦) قوله: (الابنة) ساقط من (ف).

ويرغب فيها لمكان مالها ولشورتها، وهذا مع الزوجة فإن كانت للميت زوجة جرى الجواب على قولين؛ لأنه لا تنال الزوجة مضرة إلا نال الولد أخرى[(١)]، ولا أرى أن يجوز إقرار الأم لأحد الولدين ويرد إقرارها للابنة، وإن كانت مدخولاً لما علم من ميلها إليها وإيثارها على الذكور، ويرد/ إقرارها للابن؛ لأنه يتهم أن يكون استمالها حتى أقرت له، والنساء يضعفن عند الاستمالة. (ف) ٢٩٢/ب

وإن كان وارث المريض بنات أو عصبة، فأقر للبنات أو لإحداهن، لم يجز إقراره، وإن أقر للعاصب أو للعصبة إقرار سواء، وإن أقر لأحدهما فعلى الخلاف المتقدم[(٢)]، إذا أقر للصديق ووارثه ابنة وعصبة، وكل من تقدم القول فيه أنه لا يقبل الإقرار له.

فإنه إن كان هناك دليل على ما أقر به قبل قوله.

قال مالك: إذا كان المقر له أو وكيله يقتضي من المقر في صحته قُبِل إقراره؛ يريد: ما لم يقر له بأكثر مما يشبه أن يكون له عنده، فكل من لا يصح له الإقرار بالدين فلا تصح البراءة له مما له عنده من دين.

[(٣)] محمد: وإن أقر المريض أنه قبض ديناً كان له على بعض ورثته، ثم مات الذي له عليه الدين قبل، لزم الباقي إقراره وسقط دينه ما لم يكن ورثة أخيه ورثة الباقي[(٤)] المقر أنه قبض دينه[(٥)].

---

(١) في (ف): (الآخر).

(٢) قوله: (المتقدم) ساقط من (ف).

(٣) زاد في(ف): (أبو).

(٤) قوله: (إقراره وسقط دينه ما لم يكن ورثة أخيه ورثة الباقي) ساقط من (ف).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٢٧٦.

قال: فإن أقر المريض أنه اشترى بهذه السلعة من ابنه بعشرين ديناراً، ودفع إليه الثمن، والسلعة قائمة بيد الأب، وأقر الابن بمثل ذلك غرم العشرين الدينار، ولم يأخذ السلعة[١]، وإن أقرّ الأب أنه قبض وديعته التي عند ابنه جاز إقراره إذا لم يودعها ببينة.

قال: وقد قيل لو كان أصلها ببينة كان إقرار الأب بالقبض جائزاً؛ لأن الابن لو قال: ضاعت مني جاز قوله.

وفي كتاب التفليس: إذا أقر لأجنبي ولصديق ملاطف أو لأجنبي ولصديق ملاطف ووارث، وسيأتي مستوعباً إن شاء الله.

❊ ❊ ❊

---

(١) زاد في (ح) قوله: (إن كانت قائمة).

باب
في إقرار الوارث والوصي

إقرار الوارث على أربعة أوجه: فإن كان عدلاً رشيداً؛ جاز إقراره في نفسه وجازت شهادته على غيره فيحلف المقر له مع شهادته ويأخذ جميع حقه، وإن كان رشيداً غير عدلٍ حلف المنكر من الورثة وبرئ. ثم يختلف في القدر الذي يغرمه المقر من الورثة[(١)] فقال مالك مرة[(٢)]: يغرم قدر[(٣)] ما ينوبه، وبه أخذ ابن القاسم[(٤)]، وروى عنه أشهب أنه قال: يغرم جميع الدين إذا كان في نصيبه وفاء به[(٥)]، وروى عنه أيضاً أنه قال: يغرم قدر ما ينوبه مثل رواية ابن القاسم، وقال: أخاف إن أخذ بجميع الدين ألا يقر أحد، وهذا مثل ما قيل فيمن أقر بشهادة الزور أنه لا يعاقب خوف أن لا يقر أحد فأسقط هاهنا حق الله تعالى، وهناك[(٦)] حق لآدمي، وإن كان سعيها غير عدل سقط إقراره وشهادته.

واختلف عن مالك في قبول شهادته إذا كان سفيهاً عدلاً[(٧)]، وأرى أن تجوز ويحلف المشهود له، ويأخذ جميع دينه من الرشيد؛ لأنه إنما أخذ ذلك بشاهدة[(٨)] ويمين، ويكون الشاهد حينئذٍ بمنزلة أن لو كان غير وارث، وهذا

---

(١) قوله: (من الورثة) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (مرة) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (قدر) ساقط من (ف).

(٤) انظر المدونة: ٤/ ٦٧.

(٥) النوادر والزيادات: ١١/ ٥٩٤.

(٦) قوله: (وهناك) ساقط من (ف).

(٧) انظر المدونة: ٤/ ٢٧.

(٨) في (ف): (بشاهد).

إذا أقر بدين، وإن أقر له بمعين بعبد أو ثوب كان له نصيب المقر وحده إذا نكل عن اليمين، أو كان المقر غير عدل، وهذا إذا لم يخلف الميت إلا عبداً أو أكثر ولا يحمل القسم.

واختلف إذا حمله القسم[1] فقيل: له نصيب المقر كالأول، وهو أيضاً ظاهر قول ابن القاسم في كتاب الوصايا من المدونة؛ لأنه قال: إذا ترك الميت رقيقاً كثيراً كان له من ذلك العبد قدر مورثه[2]، وقيل: إن لم يرض المنكر بتسليم نصيب المقر قسموا، فإن صار ذلك العبد للمنكر كان للمقر له أن يأخذ من المقر قدر ما زاده القسم لدخول ذلك العبد في المقاسمة، وإن صار ذلك العبد للمقر أخذه المقر له بغير شيء، وليس هو بمنزلة من افتدى عبداً من اللصوص؛ لأنّ الافتداء بالطوع وهذا أجبر على دخوله في المقاسمة، فأشبه ما لو سلمه إليه الغاصب بالجبر وأخذ منه آخر على وجه المعاوضة.

فصل
[في إقرار الوصي على من يلي]

إقرار الوصي على من يلي عليه جائز بشرطين:

أحدهما: أن يقر بما تولاه لنفسه فيقول: بعت هذا العبد أو اشتريته أو قبضت من هذا الدين.

والثاني: أن يقر وهم في ولايته ما لم يرشدوا بعد فإن قال: باعه الميت أو اشتراه أو اقتضى ما على فلان لم يقبل قوله، وكان شاهداً للمقر له فإن حلف

(١) قوله: (القسم) ساقط من (ت).
(٢) انظر المدونة: ٤/ ٣٤٠.

مع بشاهده[١]، وإلا رجع إلى ما كان يوجبه الحكم لو لم يشهد له، وإن خالفه الغريم وقال: بل قضيتك ولم أقض الميت، كان القول قول الوصي مع يمينه، وتسقط شهادته[٢] للغريم، ويكون على الغريم أن يغرم ذلك للمولى عليه.

واختلف هل يلزم الوصي النظر فيه فقيل: ليس ذلك له[٣] عليه؛ لأنه يقول: أخذ بغير حق[٤]، ولا شيء عليه ولا يجوز لي أن أتصرف فيما ظلم فيه.

واختلف إذا نكل الوصي[٥] عن اليمين؛ فقال مالك: إن كان ذلك يسيراً غرمه الوصي، ووقف إذا كان كثيراً وقال: لا أدري. وقال ابن هرمز وابن القاسم: يضمن، وإن كان كثيراً[٦][٧]/ ، وهذا يحسن، إذا كان الوصي ممن يظن (ف) ٢٩٣/أ
به، وإن كان مبرزاً في الدين والفضل لم أر عليه شيئاً؛ لأنَّ مثل ذلك ينكل عن حق نفسه، وليس يمين الآخر دليلاً على أنه قبض ذلك، وإن كان على الميت دين فقضاه بغير بينة، وأنكره الغرماء حلفوا وغرم الوصي؛ لأنه فرط إذا قضى بغير بينة.

وقال أشهب في كتاب محمد: ولو قال: أشهدت وماتوا أو غابوا لضمن إذا حلف[٨] الغرماء[٩].

---

(١) في (ف): (مع شاهده).
(٢) في (ت): (شهادة).
(٣) قوله: (له) ساقط من (ت).
(٤) في (ت): (حقي).
(٥) في (ت): (الموصى).
(٦) قوله: (وقال: لا أدري. وقال ابن هرمز ... كان كثيراً) ساقط من (ت).
(٧) انظر المدونة: ٤/ ٧١.
(٨) في (ف): (غاب).
(٩) انظر النوادر والزيادات: ١١/ ٣٢٥.

وقال سحنون في المجموعة: إذا طال الزمان حتى يرى أنهم نسوا أو ماتوا فعسى أن يقبل منه[(١)].

قال الشيخ ﷺ: أما إذا طال الزمان لم يقبل قول الغرماء في تأخير الدين.

فصل
[فيما إذا اعترف الوصي بدين على الميت وخفي له أن يوصله إلى مستحقه]

وإذا اعترف الوصي بدين على الميت، وخفي له أن يوصله إلى مستحقه فعل وإلا رفع[(٢)] إلى الحاكم، وكان شاهداً.

وقال أشهب في المجموعة: للوصي أن يقضي دين الميت بغير أمر القاضي إذا كان فيه شهود عدول، قال: والثقة أن يرفع إلى القاضي؛ لأنه لو بلغ اليتيم فجرح الشهود ضمن، وأخذ ذلك ممن قبضه، وإن كان بأمر القاضي لم تقبل جرحتهم[(٣)]، وأرى ألا ضمان عليه، وإن لم يرفع إلى القاضي؛ لأنه كالحاكم عليهم وهو وكيل فعوض إليه، ولو رفع فإنما يعذر فيهم إليه فإذا كان يعلم منهم[(٤)] العدالة لو أعذر إليهم القاضي فيهم لسلم لم يكن عليه شيء، وإن جرحوا بما كان متقدماً رجع على الغريم، ولا يرد ما أخذ[(٥)] بما أحدثوا من الجرحة بعد.

---

(١) انظر النوادر الزيادات: ١١/ ٣٢٦.

(٢) في (ت): (دفع).

(٣) النوادر والزيادات: ١١/ ٣٢٤.

(٤) في (ت): (فيها).

(٥) قوله: (ما أخذ) ساقط من (ت).

فصل
[فيما إذا رشد اليتامى، وقال الوصي: كنت قبضت ما على الغرماء]

واختلف إذا رشد اليتامى فقال: كنت قبضت ما على الغرماء، فقال محمد: هو شاهد يحلفون ويبرؤون، وإن لم يكن عدلاً غرم الغريم ورجع على الوصي إذا لم يثق[١]. وقال سحنون: قوله مقبول.

قال الشيخ ﵀: أما إذا كان قوله ذلك عندما أراد أن يسلم إليهم أموالهم وعند المحاسبة فقوله: مقبول، كأنه كان وكيلاً على القبض، ولم يسئل عنه إلا الآن، فإن حاسبهم، ثم قال: قبضت من فلان وأنسيت ذكره، فإن لم يكن تقدم له ذكر بقبض ولا بغيره، فكذلك يقبل قوله إذا طالت مدة المداينة؛ لأنَّ القول قول الغريم أنه دفع إذا طالت المدة، وإن كانت المداينة قريبة فهو أشكل.

وقد اختلف في العامل بالقراض يسلم المال، ثم يأتي بعد المحاسبة بالقرب فيقول: أنسيت النفقة، هل يقبل قوله.

❊ ❊ ❊

(١) انظر النوادر والزيادات: ٩/ ٣٠٣.

باب
فيمن أقر ببضع وما يلزم في ذلك

ومن المدونة قال مالك: فيمن أقر لرجل ببضعة عشر درهماً، قال: البضع ما بين الثلاث إلى التسع، فإن اختلفوا لم يعط إلا ثلاثة[(١)] إذا زعم ذلك[(٢)] المقر[(٣)].

قال الشيخ ﷺ: إن شكَّا جميعاً كان للمقر له[(٤)] ما تيقناه من ذلك.

واختلف هل يقسم الزائد إذا شكَّا فيه، وإن تيقنا أو اختلفا كان القول قول المقر مع يمينه ما لم يدع أنه أقل من الثلاث فلا يصدق.

وإن أيقن أحدهما وشك الآخر كان القول قول من أيقن.

واختلف في يمينه إلا أن يقول الغارم إن دينه لا يبلغ التسعة، وقد ادعاها الطالب فيحلف المطلوب على ما يرى أنها لا يجاوزه، ويكون الآخر بالخيار بين أن يأخذ ما أيقن به المقر بغير يمين، أو يحلف ويأخذ جملة ما شك فيه، وإن مات المقر قبل أن يسأل أخذ من ذمته أقل البضع وهو ثلاثة، وقيل: يقسم الزائد ولا ينظر ههنا إلى يقين يمين الطالب بعد موت المقر؛ لأنه يمكن أن يكون لو سئل لذكر معرفته إلا أن يكون قد سئل فأخبر أنه شاك فيأخذ الحي ما ادعاه.

قال محمد في مريض قال لفلان عندي مائة ثم مات قبل أن يسئل: كان له

---

(١) في (ف): (لم يقض إلا بثلاثة).

(٢) قوله: (ذلك) ساقط من (ف).

(٣) انظر المدونة: ٤/ ٦٧.

(٤) قوله: (له) ساقط من (ت).

النصف دراهم والنصف دنانير[(١)]. وعلى القول أنه يعطى أقل ما يتضمنه الإقرار يعطى مائة درهم، ومن رجع ممن كان على شك، وادعى أنه تذكر وعرف حقيقة ذلك قُبل قوله أنه تذكر وارتفع حكم الشك.

وقد اختلف أهل اللغة في البضع فقال ابن فارس[(٢)] وابن قتيبة: هو ما بين الواحد إلى التسع[(٣)].

وقال أبو عبيدة[(٤)]: هو ما لم يبلغ العقد ولا نصفه. يريد من الواحد إلى الأربع[(٥)]، وليس بالبين، وقد ذكر الطبري عن غير واحد أن لُبْث يوسف في السجن كان سبع سنين، وهذا يرد قوله، وقد ذكر عن مجاهد وقتادة: أن البضع ما بين الثلاث إلى التسع[(٦)].

* * *

(١) قوله: (دنانير) انظر النوادر والزيادات: ٩/ ١٥٠.
(٢) انظر معجم مقاييس اللغة لابن فارس: ١/ ٢٥٧.وذكر أنه من الثلاث إلى العشرة.
(٣) انظر أدب الكاتب لابن قتيبة ١/ ١٣.
(٤) قوله: (وقال أبو عبيدة) ساقط من (ت).
(٥) انظر أدب الكاتب لابن قتيبة ١/ ١٣.
(٦) في (ح) و(ت): (السبع) وما في (ف) موافق لما في تفسير الطبري: ١٦/ ١١٥.

باب
فيمن وُصل بمال ثم وصل به آخر ثم مات أحدهما قبل القبض

ومن المدونة قال ابن القاسم فيمن استقرض دراهم ثم وهبها لآخر قبل القبض فمات الواهب قبل أن يقبضها/ الموهوب له: أنها ماضية[(١)]، (ف) ٢٩٣/ب
وقال غيره: لا شيء له فيها[(٢)]، وعلى هذا يجري الجواب إذا مات الأول][(٣)]، وهو مقرض فيثبت القرض والصلة على قول ابن القاسم؛ لأنه في معنى المقبوض لما زالت يد المستقرض عنه[(٤)]، وصارت يد غيره عليها، وتسقط على قول غيره، ولا تخلو العطيتان من أن تكونا جميعاً صلة أو قرضاً أو أحدهما صلة والآخر قرضاً فإن كانتا صلة[(٥)] ثبتتا على قول ابن القاسم، وسواء مات الواصل الأول أو الثاني.

وإن كانتا قرضاً فمات[(٦)] الأول[(٧)] أخذها الآخر من تركته وقضاها كل واحد منهما عند الأجل الذي اقترض إليه، وإن مات الأوسط قبضها الآخر[(٨)]

---

(١) انظر المدونة: ٤/ ٤٢٨. قول أشهب

(٢) انظر المدونة: ٤/ ٤٢٨.

(٣) زاد في (ح): (أو الثاني وإن كانتا).

(٤) قوله: (عنه) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (أو قرضاً أو أحدهما صلة والآخر قرضاً فإن كانتا صلة) ساقط من (ف).

(٦) في (ت): (فات).

(٧) في (ف): (الأوسط).

(٨) قوله: (من تركته وقضاها كل واحد منهما عند الأجل الذي اقترض إليه، وإن مات الأوسط قبضها الآخر) ساقط من (ف).

وقضاها ورثة الأوسط الآن؛ لأنها حلت عليه بموته، وإن مات الآخر سقط حقه فيها؛ لأنها حلت عليه بموته فلا فائدة في قبض ورثته لها؛ لأنه يحكم عليه بردها إلى الأوسط بالحضرة، ويقبضها الأوسط من الأول، ثم يقبضها عند حلول الأجل الذي اقترض إليه.

وإن كانت الأولى صلة والثانية قرضاً أو الأولى قرضاً، والثانية صلة فمات الأول أو الأوسط كان للآخر قبضها، ويفترق الجواب في موت الأوسط فإن كانت الأولى قرضاً والثانية صلة[(١)] قضاها ورثته الآن بحلولها على ميتهم، ولا شيء على الآخر لأنها له صلة.

وإن كانت الأولى صلة، والثانية قرضاً كان للآخر أن يقبضها، ثم يقبضها عند حلول أجلها، ولا شيء على ورثة الأوسط لأنها لميتهم صلة، وإن مات الآخر وكانت له صلة قبضها ورثته، وقضاها الأوسط[(٢)] إذا حل أجلها؛ لأنها كانت عليه قرضاً، وإن كانت الأخيرة قرضاً قبضها الأوسط؛ لأنها من الأول صلة، ولم يكن لورثة الآخر قبضها؛ لأنها قرض، وقد حلت عليه بالموت، وعلى أصل غيره إن مات الأول سقطت، ولم يتعلق على ورثته فيها شيء للأوسط ولا للآخر على أي حال كانت من صلة أو قرض.

وإن مات الأوسط سقط حق الآخر سواء كانت له قرضاً أو صلة، ثم ينظر في حق الميت فيها؛ فإن كانت الأولى صلة قبضها ورثته من الأول، وإن كانت قرضاً لم يقبضوها؛ لأنها حلت على ميتهم بموته، وإن مات الآخر

---

(١) قوله: (والثانية صلة) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (لأنها لميتهم صلة، وإن مات الآخر وكانت له صلة قبضها ورثته، وقضاها الأوسط) ساقط من (ف).

وكانت صلة أو[1] الأولى قرضاً والثانية صلة قبضها ورثة الآخر وقضاها الأوسط إن كانت قرضاً عند حلول أجلها.

وإن كانت الآخرة قرضاً سقط حق ورثته فيها لحلولها وكان حق الأوسط قائماً فيها، وسواء كانت الأولى صلة أو قرضاً، والقياس إذا مات الأول وكانت منه للأوسط على وجه القرض أن يقوم الآخر على الأوسط إذا حل أجل القرض فيغرمه مثل ما كان وصله به؛ لأنه يقول له: أنت رضيت أن تكون قبلك قرضاً ولي صلة، ويغرمها للأول إذا حل الأجل، فأنا آخذك بغرم ما كنت رضيت أن تغرمه.

وقال مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب فيمن تصدق عليه بصدقة، ثم باعها المتصدق عليه قبل أن يقبضها، فلم يقبضها المشتري حتى مات المتصدق بها: أن ذلك جائز؛ لأن ملكه قد زال عنها إلى ملك من لا حوز عليه.

وقال أصبغ: لا أرى البيع جائزً، يريد لما كانت يد المتصدق باقيةً على صدقته، والأول أبينُ.

❊ ❊ ❊

(١) قوله: (صلة أو) ساقط من (ف).

باب فيمن استقرض رجلاً دراهمَ فأمره أن يقبضها من غريمه فصارفه فيها أو قاصَّه[1] بها من دين له عليه أو أمر رجلاً يقضي[2] عنه دراهم فقبض عنها الغريم دنانير أو عروضاً

ومن استقرض رجلاً دراهم فأمر غريمه أن يدفعها إليه فصارفه المستقرض فيها؛ جاز، ولا خلاف في ذلك.

واختلف بم يرجع به المقرض؟ فقال ابن القاسم: يرجع بما أمر، قال: وقد اختلف قول مالك فيها[3]، وقال في كتاب محمد: اختلف قول مالك فيها ثلاث مرات[4] فقال مرة: يرجع بالدراهم[5]، وقال مرة: بالدنانير، وقال مرة: هو بالخيار.

قال الشيخ رحمه الله: وأما قوله: أنه يرجع بالذهب؛ فهو راجع إلى قوله هو بالخيار؛ لأنه لا يصلح أن يأمره بقبض دراهم فيصرفها[6] من غير وكالة من الآمر ويلزم الآمر فعله، والقول الأول أنه يرجع بالدراهم أحسن؛ لأن المصارفة كانت برضاً من المستقرض.

---

(١) في (ت): (قارضه).

(٢) في (ح): (يقبض).

(٣) انظر المدونة: ٤/ ٦٩.

(٤) انظر النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٧. نص النوادر: (واختلف قول مالك فيه ثلاث مرات).

(٥) انظر المدونة: ٤/ ٦٨.

(٦) قوله: (فيصرفها) ساقط من (ت).

قال ابن القاسم: ولو أراد المقرض أن يمنعه من بيعها لم يكن ذلك له[١]؛ لأنه بيع حادث.

ويختلف لو أخذ عنها عرضاً أو شيئاً مما يكال أو يوزن حسب ما تقدم، والصواب أنه بيع حادث، ولا يرجع إلا بما أمر به.

وقال ابن القاسم فيمن استقرض رجلاً خمسة دنانير، فأمر غريماً له عليه خمسة دنانير أن يعطيه إياها، فقاصه بها الغريم من دين له عليه جاز[٢]، ولا يختلف في ذلك؛ لأنها دنانير كلها وسكة واحدة، ولو قاص بها من دراهم كانت له عليه أو عرض لرجل لدخل الخلاف المتقدم، وقال ابن القاسم: لو أمرت رجلاً ينقد عني رجلاً ألف درهم فباعه بها جارية أو عرضاً أو شيئاً مما يكال أو يوزن من غير العين؛ جاز، ويرجع بالألف الدرهم[٣]/ . (ف) ٢٩٤/أ

قال سحنون: وقد ذكر عن مالك فيها اختلاف أنه لا يربح في السلف[٤]، والأول أبين؛ لأنها مبايعة حادثة من المستقرض، وإنما يدخله السلف بزيادة إذا دفع ألفاً ورجع بأكثر، وأما إذا دفع من غير الجنس فلا يدخله ذلك.

واختلف إذا أمره أن يدفع عنه نصف دينار فدفع ديناراً أو دراهمَ أو عروضاً فقال مالك في كتاب محمد: فيمن قال لرجل: اقض عني نصف دينار فدفع ديناراً[٥] أنه إذا دفع عنه غير الدراهم ما كان من طعام أو غيره فله بذلك

---

(١) انظر المدونة: ٤/ ٦٨.

(٢) انظر المدونة: ٤/ ٦٨.

(٣) انظر المدونة: ٤/ ٦٩.

(٤) انظر المدونة: ٤/ ٦٩.

(٥) قوله: (فدفع ديناراً) ساقط من (ف).

نصف دينار على الآمر ما بلغ، وإن دفع دراهم كان الآمر بالخيار إن شاء أعطاه دراهمَ و[١] إن شاء أعطاه نصف دينار[٢].

وقال أيضاً: إن دفع طعاماً أو ثوباً فإنه يكون له على الآمر ثمن ذلك دراهم، وإن دفع دراهم[٣] كان بالخيار إن شاء دفع مثل عدد ما دفعه عنه، وإن شاء دفع نصف دينار صرف اليوم يوم دفع[٤]. قال ابن القاسم: ثم رجع عن قوله بالخيار قال: بل يدفع إليه مثل وزن ما دفع[٥].

وقال مالك: ولو دفع[٦] المأمور ديناراً فأخذ الغريم نصفه ورد على المأمور نصفه كان للمأمور على الآمر نصف دينار ما بلغ[٧]، وقال ابن القاسم: إذا أمره أن يدفع عنه نصف دينار فليس يقع إلا على الدراهم، ولا يكون للمأمور على الآمر إلا عدد ما دفع عنه من الدراهم إن دفع عنه الدراهم[٨].

ويلزم على قوله إن دفع ديناراً فأخذ الغريم نصفه ورد نصفه أن يكون الآمر بالخيار بين أن يدفع إليه نصف دينار دراهم بصرف يوم القضاء ولهذا قال ابن القاسم: ليس يقع إلا على الدراهم[٩]؛ لأن الغريم وهو الآمر لم يكن

---

(١) قوله: (إن شاء أعطاه دراهمَ و) ساقط من (ف).

(٢) انظر النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٦. ولفظ النوادر والزيادات: قال أصبغ: وقد اختلف قول ابن القاسم في الدينار يأمره بدفعه عنه فقضى، فقال: الآمر مخير. ثم قال: ليس له ولا عليه إلا الدينار، لأن ما فعل المأمور مع الآخر لم يكن له أن يمنعه منه من مصارفته ومبايعته.

(٣) قوله: (وإن دفع دراهم) ساقط من (ف).

(٤) هكذا في جميع النسخ.

(٥) انظر النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٧.

(٦) قوله: (وقال مالك: ولو دفع) ساقط من (ف).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٤١.

(٨) انظر النوادر والزيادات: ١٠/ ١٤٠.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٤٠.

يجبر على أن يقضي يوم حل عليه الدين إلا دراهم يصرف[١] يوم القضاء، وإما إن دفع عرضًا أو طعاماً، فإنه بيع حادث ويرجع بدراهم على صرفها من نصف دينار من[٢] يوم كان القضاء.

فصل
[فيمن قال لرجل انقد عني فلانا ألف درهم فأنعم له بذلك]

وقال ابن القاسم فيمن قال لرجل انقد عني فلانا ألف درهم فأنعم له بذلك، قال: هذه حمالة فإن مات القائل لم تسقط[٣]؛ يريد: أنها حمالة اشترط فيها تبدية الحميل، وأن يكون منه ذلك على وجه السلف. واختلف إذا مات[٤] الحميل قبل القبض هل تلزم لأنها حمالة بعد عقد البيع؟

وقال مالك في من قال لرجل: ادفع عني لفلان مائة درهم فقال: نعم، قال: إن كان الغريم اقتعد على موعد وانصرف على ذلك لزمه[٥].

فكأنه رأى أن مجرد قوله: نعم محتمل أن يريد بذلك التحمل بقوله ولا يريد ألا يجاب فيكون له الرجوع عنه.

* * *

---

(١) قوله: (يصرف) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (من) ساقط من (ت).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٦٩، ولفظها: (قال سحنون: وهذه حمالة).

(٤) قوله: (القائل لم تسقط (٤) ؛ يريد: أنها حمالة اشترط فيها تبدية الحميل، وأن يكون منه ذلك على وجه السلف. واختلف إذا مات) ساقط من (ح).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٦٩.

باب
فيمن التزم أن يقضي دين ميت، ثم رجع عن ذلك أو قضاه، ثم أراد أن يرجع به في تركة الميت أو قضاء دين عن حي فكره الغريم مطالبته من قضاء ذلك الدين

قال ابن القاسم فيمن قال: أنا ضامن لقضاء دين ميت، ثم رجع عن ذلك لزمه ما ضمن قال: وإن قضاه ولا مال للميت وهو عالم بذلك، ثم طرأ للميت مال لم يرجع فيه بشيء؛ لأن فعله كان على وجه الحسبة[1].

قال الشيخ ﷺ: والقياس أن يرجع إذا تبين أنه كان له مال؛ لأن القصد في مثل هذا التخفيف عن الميت وليس أن يرث الورثة ماله ويغرم هو عنه ولو وهب للميت مال فقبله ورثته لم يرجع فيه بشيء لأن هذا مال حادث وكذلك أرى إذا ضمن القضاء عن الميت، وكان ظاهر اليسر ثم تبين أنه معسر ألا يكون عليه شيء؛ لأنه يقول إنما تحملت لأرجع ولو علمت أنه معسرٌ ولا أجد ما أرجع به لم أضمن.

فصل
[فيما إذا قال أنا أقضيك الدين الذي لك على فلان]

ومن قال لرجل: أنا أقضيك الدين الذي لك على فلان جاز، وإن كره الغريم ولا يرد قضاؤه إلا أن تكون بينهما عداوة، ولا يمكن من طلبه ويرد قضاؤه إلا أن يغيب الطالب بالمال فيقيم القاضي وكيلاً ليقبض ذلك

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٧٠.

من الغريم[(١)].

واختلف إذا اشترى رجل ديناً على غريم هل يكون المطلوب أحق به في مثل ذلك الثمن، فإن اشترى رجل ديناً، فإن كره أخذه بالثمن مضى البيع لمشتريه به[(٢)] إلا أن تكون بينهما عداوة فيرد شراؤه، وهو قول مالك[(٣)]، وأرى أن يكون المشتري بالخيار بين أن يبيع ذلك الدين، ويسقط مقال الغريم؛ لأن المنع كان بحق آدمي ألا يمكن من أداه بالاقتضاء، وقد زال ذلك بالبيع الثاني أو يرد البيع الأول؛ لأنه يقول: اشتريته، وأنا أرى أني أمكن من قبضه والمنع من ذلك عيب فيرد بالعيب، وإن اشترى نصراني مسلماً أو مصحفاً كان البيع فاسداً، وليس كالأول؛ لأن منع الأول لحق آدمي، وهذا لحق الله سبحانه.

واختلف فيه إذا نزل لأن الفساد فيه من قبل العقد ليس في الثمن ولا في المثمون، فقيل: يمضي بالعقد، وقيل: يفسخ فإن فات مضى بالثمن، وقيل: يمضي بعد الفوت بالقيمة/، وهذا إذا كانا يجهلان حكم ذلك البيع فإن كانا يعملان كان بمنزلة (ف) ٢٩٤/ب
ما فساده في ثمنه فيفسخ ويمضي بعد الفوت بالقيمة؛ لأن المشتري دخل على ما لا يعلم ما يحكم عليه به إما أن يجبر على الفسخ ولا يمكن منه أو يمكن ويجبر على بيعه فيعود إليه أكثر من ثمنه أو أقل من ذلك وذلك غرر.

تم كتاب المديان والحمد لله رب العالمين
وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٧٠.

(٢) قوله: (به) ساقط من (ت).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٧٠.

كتاب الحجر

النسخ المقابل عليها:

١ـ (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

٢ـ (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤ & ٢٤٣)

٣ـ (ر) = نسخة الحمزوية رقم (١١٠)

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد
وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب الحجر

الحجر يستحق على ستة: يتيم لم يبلغ[١]، وبالغ فقيد العقل، وعاقل أبله ضعيف التميز والأخذ والإعطاء[٢] لا يعرف الإمساك وإن كان لا يقصد الإتلاف، وعاقل مميز يتلف ماله في الشهوات واللذات[٣] سفهاً إلا أن يكون ممن يتكلف التجر والكسب، ولا تؤدي أفعاله مع تجره إلى ما يتلف ماله والذي يخدع في البيوع على اختلاف فيه والمفلس والحجر على جميع من ذكر لحقهم ونظرائهم إلا لمفلس[٤] فإنه لحق الغرماء.

والأصل في اليتيم قول الله سبحانه: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾ [النساء: ٦]، وفي المجنون والضعيف التمييز والسفيه. قوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولو كان رجلاً عاقلاً مثمراً[٥] لماله يستعين بذلك على الفسوق وشرب الخمر رأيت أن يحجر عليه، وإن كان[٦] ينميه بمثل ذلك وذلك لحق الله سبحانه؛ لأن تغيير المنكر فرض، فإذا كان لا ينزجر هذا مع بقاء المال في يده إلا بالحجر؛ حجر عليه،

---

(١) قوله: (لم يبلغ) ساقط من (ر).
(٢) في (ر): (العطاء).
(٣) في (ف): (والهبات).
(٤) في (ف): (ونظرا لهم إلا المفلس)، وفي (ر): (ونظر لهم إلا لمفلس).
(٥) في (ر): (مبذرًا).
(٦) قوله: (كان) ساقط من (ر).

وقال مالك في المدونة في الذين تحجر عليهم أموالهم: هم الذين يبذرونه[١] في الفسوق والشراب[٢].

فصل[٣]
[فيمن هو السفيه المحجور عليه]

واختلف في السفيه الذي يحجر عليه. فقال ابن القاسم: إذا كان ممن لو كان في ولاء لم يعط ماله. وقال أشهب لا يحجر إلا على البين أمره المبذر لماله ولا يحكم إمساكه[٤].

واختلف في أفعال من[٥] يستحق الحجر إذا تصرف في ماله قبل الحجر فقيل: أفعاله على الجواز؛ بيعه وشراؤه[٦] وهباته وقبضه[٧] حتى يحجر عليه، وهو قول ابن كنانة وابن نافع ، وقيل: ذلك[٨] على الرد كالمحجور[٩] عليه، وهو قول ابن القاسم[١٠].

وقال مطرف وابن الماجشون: إذا كان سفيهاً قبل البلوغ ثم لم يأتِ عليه حال[١١] رشد كانت أفعاله مردودة؛ لأنه لم يزل في ولاء، وإن كان رشيداً، ثم أحدث سفهاً كان فعله الآن[١٢] نافذاً إلا أن يكون في بيعه خديعة فباع ما يساوي ألفا بمائة فيرد[١٣]ويكون الزائد كالهبة[١٤] وفرقا[١٥] بين هبته وبيعه.

---

(١) في (ر): (يبذرونها).
(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٧٤.
(٣) قوله: (فصل) يقابله بياض في (ف).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٩٧.
(٥) قوله: (أفعال من) يقابله في (ر): (أفعال السفيه الذي).
(٦) قوله: (وشراؤه) زيادة من (ر).
(٧) قوله: (وقبضه) ساقط من (ت).
(٨) قوله: (ذلك) زيادة من (ر).
(٩) في (ت): (كالحجر).
(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٩٢.
(١١) قوله: (حال) ساقط من (ف).
(١٢) قوله: (الآن) ساقط من (ت).
(١٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٩٢.
(١٤) قوله: (ويكون الزائد كالهبة) ساقط من (ف) و(ر).
(١٥) في (ف): (وفرق).

قال الشيخ ﷺ: والصواب في هباته أنها مردودة ويضمنها الموهوب له إن كان صون بها ماله.

واختلف فيمن يخدع في البيوع فقيل: لا يحجر عليه لقول النبي ﷺ لمن يخدع في البيوع: «إذا بايعت فقل لا خلابة»، وقال أبو إسحاق[(١)] ابن شعبان: يضرب على يديه، وأرى إن كان يخدع بالشيء اليسير أو الشيء الذي له بال أنه لا يخفى عليه ذلك بعد، وتبين له ذلك الغبن فلا يحجر عليه، ويؤمر بالاشتراط حسب ما في الحديث[(٢)]، ويشهد حين البيع ويستغني بذلك على[(٣)] الحجر، وإن كان لا يتبين له ذلك، ويكثر نزول ذلك به أمر بالإمساك عن التجر، ولم يحجر عليه، ولم ينتزع المال من يده؛ لأنَّ السلطان لا يفعل بعد الحجر أكثر من إمساكه والإنفاق[(٤)] عليه منه، وهو أولى بإمساك ماله[(٥)]، وإن كان لا ينزجر عن التجر انتزع ذلك منه.

فصل
[فيمن يلي الحجر]

الحجر إلى الآباء[(٦)] والسلطان والسيد فذلك[(٧)] إلى الأب في صغار بنيه في الحياة وعند الوفاة يقيم لهم وصيّاً وفي الإناث وإن كن كباراً ما لم يتزوجن، ويدخل بهن أزواجهن[(٨)] والسلطان في الصغار عند عدم الأب أو وصيه في[(٩)]

---

(١) قوله: (أبو إسحاق) ساقط من (ر).
(٢) قوله: (ما في الحديث) يقابله في (ر): (ما تقدم).
(٣) في (ر): (عن).
(٤) قوله: (والإنفاق) ساقط من (ر).
(٥) في (ر): (بالإمساك بما له).
(٦) قوله: (الآباء) يقابله في (ف): (الأب).
(٧) في (ت): (بذلك).
(٨) قوله: (أزواجهن) ساقط من (ر).
(٩) في (ف): (وفي)، وفي (ر): (ومن).

الكبار مع وجود الأب إذا أحدث[١] بعد البلوغ ما يوجب الحجر فإن ذلك إلى السلطان دون الأب يوقفه[٢] للناس ويبيع[٣] لذلك[٤].

قال في المدونة في مجلسه: ويشهد على ذلك السيد في عبده[٥]، وقد مضى ذلك في كتاب المأذون وزوال[٦] الحجر إلى السلطان إذا كان المحجور عليه في ولاية.

واختلف إذا كان في ولاية وصي الأب أو من أقامه السلطان فقال ابن القاسم في العتبية في الوصي[٧]: إذا تبين له الرشد من يتيمه دفع إليه ما له، وإن شك في أمره لم يدفعه إلا بأمر السلطان[٨].

وقال مالك في كتاب محمد: من دفع إليه الإمام مال غلام مولى عليه فحسن حاله دفع إليه ماله وهو فيه كالوصي يتبين له حسن حال وليه[٩].

وقال القاضي أبو محمد عبد الوهاب: لا ينفك الحجر بحكم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم وسواء في ذلك الصبي والمجنون/ والبالغ والمفلس[١٠]. (ف) ٢٩٥/أ

قال الشيخ رحمه الله: قول مالك وابن القاسم هو الأصل في ذلك أن النظر في ذلك لمن هو في ولايته[١١]، فإذا علم حسن حاله دفع إليه ماله وهو مقتضى

---

(١) في (ت): (حدث).
(٢) في (ر): (يقفه).
(٣) في (ف) و(ر): (ويسمع).
(٤) في (ر): (بذلك).
(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٩٤.
(٦) انظر: كتاب المأذون في: (باب في حجر السيد والغرماء).
(٧) قوله: (في الوصي) ساقط من (ر).
(٨) في (ف): (الإمام). وانظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٣١١، ١٣/ ٣٠٢.
(٩) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣١٢.
(١٠) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة: ٢/ ١٦١.
(١١) قوله: (ولايته) يقابله في (ف): (ولاية).

الآية، في قوله سبحانه: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ الآية [النساء: ٦]، فجعل الدفع لمن إليه الابتلاء وهو الذي إليه أمره والقول الآخر اليوم أحسن لفساد حال[1] الناس وكثيراً ما يقام غير المأمون بينهم أن يقول رشيد لمن ليس برشيد ليصانعه[2] ويشهد له المولى عليه بالبراءة فلا يمكن من ذلك أحد اليوم، وإن أراد الولي[3] حكماً من القاضي لم يحكم له بالرشد بمجرد قوله بالرشد[4] إلا أن يثبت ذلك عنده.

وقال سحنون في العتبية: إذا لم يثبت رشده كتب له أن فلاناً أتاني [5] بفتى صفته[6] كذا وزعم أن اسمه فلان، وذكر أن أباه أوصى به إليه، وذكر أنه بلغ مبلغ الأخذ لنفسه والإعطاء منها[7] ويزيد في المرأة أنه[8] قد ابتني بها وسألني أن آمره أن يدفع إليه ماله ويكتب له براءة فأمرته بالدفع وحكمت له بالبراءة؛ فحكم له بالبراءة[9] ولم يحكم له بالرشد[10]؛ لأنه لم يثبت عنده، ومحمل قوله: إنه حكم له بالقدر[11] الذي دفع وليس أنه دفعه بوجه[12] جائز؛ لأن ذلك لا يكون إلا بإثبات الرشد.

فصل
[في زوال الحجر]

الحجر يزول بزوال الوجه الذي لأجله كان ذلك الحجر فيزول عن اليتيم بالبلوغ والرشد وعن المجنون بنفس إفاقته، إذا كان الجنون طارئاً بعد البلوغ؛

---

(١) قوله: (حال) ساقط من (ت) و(ر).
(٢) في (ر): (لمضايقة).
(٣) في (ر): (المولى).
(٤) قوله: (بالرشد) زيادة من (ر).
(٥) قوله: (أتاني) ساقط من (ر).
(٦) قوله: (أتاني بفتى صفته) يقابله في (ت): (أتاهما صفته).
(٧) قوله: (منها) ساقط من (ر).
(٨) قوله: (أنه) ساقط من (ر).
(٩) قوله: (فحكم له بالبراءة) ساقط من (ر).
(١٠) انظر البيان والتحصيل ١٠/ ٤٦٨.
(١١) قوله: (بالقدر) يقابله في (ف): (بالعدد).
(١٢) قوله: (بوجه) يقابله في (ف): (بحق).

لأنه كان على الرشد، وإن كان الجنون(١) قبل البلوغ لم يدفع إليه ماله(٢) إلا بعد ثبات الرشد، وإن كان أبله ضعيفَ التمييزِ، وممن يخدع في ماله؛ دفع إليه إذا علم منه التدرب على البيع والشراء، وعرف الوجوه التي يؤتى عليه منها، وإن كان فيها(٣) سفيهاً أو فاسقاً فإذا علم منه النزوع عن ذلك دفع إليه ماله(٤)، وإن كان مفلساً فإذا كشف عن ماله وقسم ما وجد له، وحلف على أنه(٥) ما كتم، ولا أعلم(٦) لما ذكره أبو محمد عبد الوهاب أنه يحتاج إلى حكم(٧) وجهاً.

فصل
[في وقت الابتلاء]

واختلف في وقت الابتلاء لمن كان في ولاءٍ فقال مالك(٨) في كتاب محمد(٩): لا تجوز أفعاله حتى يكشف بعد البلوغ عن أمره(١٠). وقال أبو جعفر الأبهري وغيره من البغداديين: هو ما(١١) كان قبل البلوغ لا يحتاج إلى غيره وهو أبين لقول الله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾الآية، فجعل الابتلاء قبل البلوغ، وقوله: ﴿فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا﴾ يريد بذلك: الابتلاء لا بغيره(١٢) والفاء في قوله: ﴿فَإِنۡ ءَانَسۡتُم﴾ للشرط لا للتعقيب.

واختلف هل يبتلى بشيء من ماله يدفع إليه ليختبر به. فالظاهر من قول مالك: المنع؛ لأنه قال إذا فعل ذلك الولي فلحقه دين لم يلحق ذلك الدين في(١٣) المال الذي

---

(١) قوله: (الجنون) ساقط من (ر).
(٢) قوله: (ماله) زيادة من (ر).
(٣) قوله: (فيها) زيادة من (ر).
(٤) قوله: (دفع إليه ماله) ساقط من (ف) و(ت).
(٥) قوله: (أنه) ساقط من (ر).
(٦) في (ر): (ولا أعرف).
(٧) في (ر): (حاكم).
(٨) قوله: (مالك) ساقط من (ت) و(ر).
(٩) قوله: (في كتاب محمد) يقابله في (ر): (في الكتاب).
(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢١٦.
(١١) قوله: (هو ما) يقابله في (ر): (الابتداء ما).
(١٢) في (ر): (لا لغيره).
(١٣) قوله: (في) زيادة من (ر).

في يديه، ولا في يد وصيه(١)، وأجاز ذلك غيره، وقال: يلحقه الدين في المال الذي في يديه(٢)، وقال القاضي(٣) أبو محمد عبد الوهاب لولي المحجور عليه بالسفه أو الصغير أن يأذن له في قدر(٤) من ماله بعينه يختبر به(٥)، يريد: الصغير(٦) الذي قارب البلوغ إذا رأى منه دليل الرشد، فمن جعل إخراجه إلى الولي اكتفى بعلمه في ذلك، وإن دفعه(٧) إلى الحاكم لم يكتفِ بقول وليه دون أن يشهد عنده البينة بذلك.

واختلف في الشهادة فقال(٨): إذا شهد عنده شاهدان أجزأه(٩).

وقال أصبغ: لا يكتفى بذلك(١٠) بشهادة شاهدين(١١) فيه ولا في البكر إلا أن يكون مع ذلك أمر فاشٍ(١٢)، وقوله في الذكران صواب(١٣) لأن حالهم لا يخفى(١٤)، وليس مما يطلع عليه سوى اثنين فوقوف(١٥) من سواهما عن ذلك ريبة، وأما الإناث فحالهن غير مشهور، ولا يكاد يعرفه غير الأقارب، وبعض الجيران، فلا يطلب منهن ما يطلب من الذكران.

فصل
[في المراد بالرشد]

واختلف في الرشد المراد في القرآن فقال في المدونة: هو الذي يحرز ماله وقال محمد: الرشد هو الصلاح في دينه وماله وقال أيضاً: الذي يصلح ماله

---

(١) انظر المدونة: ٤/ ٧٣، ٧٤.
(٢) انظر المدونة: ٤/ ٧٣، ٧٤.
(٣) قوله: (القاضي) ساقط من (ر).
(٤) في (ف): (ببيع).
(٥) قوله: (يختبر به) يقابله في (ر): (يختبره). وانظر: التلقين: ٢/ ١٦٩.
(٦) في (ر): (للصغير).
(٧) في (ر): (رفعه).
(٨) في (ف): (فقيل).
(٩) انظر: المدونة: ٤/ ١٣.
(١٠) قوله: (بذلك) ساقط من (ر).
(١١) في (ر): (الشاهدين).
(١٢) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٣٨٩.
(١٣) في (ف): (أصوب).
(١٤) قوله: (فيه ولا في البكر إلا أن يكون ... لأن حالهم لا يخفى) ساقط من (ر).
(١٥) في (ر): (فوقف).

ويثمره ويحجره عن معاصي الله[(١)(٢)].

وقال أشهب: لا ينظر إلى سفيه في دينه إذا كان ممسكاً لماله، ولا يخدع فيه كما يخدع الصبي، ولا يخاف عليه الضعف في تدبيره، ولا تبديده[(٣)].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: إذا اجتمع فيه أن يكون محرزاً لماله وينميه فذلك وإن كان يحرزه ولا يحسن التجر ولا الثمنية ولا يمسك عنه لأن وليه لا يفعل فيه غير ذلك يمسكه وينفق عليه فهو أولى بفعل ذلك في ماله ولأنه لا خلاف فيمن كان لا يحسن التجر[(٤)] ويحسن الإمساك أنه لا يضرب على يديه، وهذا إذا كان ماله عيناً أو مالا يخشى فساده، وإن كان رباعاً وما يخشى تبديده أو خرابه، وهو لا يحسن القيام بما يحتاج إليه فلا يدفع إليه لأن ذلك يرجع إلى أنه لا يحسن أن يحوز ماله والولي يلي ذلك منها. (ف) ٢٩٥/ب

ومراعاة الدين على/ وجهين: فإن كان غير عدل؛ لأنه ممن يكذب أو غير ذلك مما لا تأثير له في المال دفع إليه ماله[(٥)]؛ لأنه لا خلاف أنه إذا كان على تلك الحالة لا يحجر عليه، وإن كان فاسقاً أو يشرب الخمر لم يدفع إليه؛ لأنه يستعين به فيما يريده من ذلك، وإن كان قادراً على التنمية.

فصل
[في أحوال الأطفال إذا بلغوا من حيث اليُتم والحجر]

الأطفال إذا بلغوا؛ ثلاثة: من له أب، ويتيم محجور عليه، ويتيم لا حجر

(١) قوله: (وماله وقال أيضاً: الذي يصلح ... عن معاصي الله) ساقط من (ر).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٩٦. (٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٩٧.
(٤) قوله: (ولا الثمنية ولا يمسك عنه... لا يحسن التجر) ساقط من (ر).
(٥) قوله: (ماله) ساقط من (ف).

عليه. فأما من تقدم عليه حجر فهو بعد البلوغ على السفه حتى يختبر حسب ما في القرآن.

واختلف فيمن له أب أو كان يتيماً لم[(١)] يحجر عليه، فقال في كتاب النكاح الأول[(٢)] من المدونة: إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، وليس للوالد أن يمنعه وحمله على الرشد[(٣)]، وقال ابن حبيب في الصغير تجب له الشفعة: إن أجل الشفعة سنة من يوم يبلغ، وهذا يتيم له مال حمله على الرشد بالبلوغ، وقيل: هما على السفه قياساً على المحجور عليه؛ لأنَّ الحجر لا يغير العقل بنقص وذلك فيمن حجر عليه[(٤)] وغيره سواء وفرق في القول الآخر بينهما؛ لأن الغالب من بني آدم الحرص على الدنيا والإمساك وشدة الطلب والتقاطع لأجلها فالسفيه قليل في جنب غيره، ويكون في البلد ألوف وهم على حسن النظر والسفيه فيهم العدد[(٥)] القليل فوجب حمل الناس على الغالب[(٦)]، وألا[(٧)] يحملوا على حكم[(٨)] القليل النادر، واختلف في الإناث فقيل: لا يحكم لهن بالرشد مع وجود البكارة حتى يدخل بهن وجعل[(٩)] الدخول فيهن[(١٠)] كالبلوغ في الذكران، وقال أيضا في كتاب الحبس في المدونة في قول الله سبحانه: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ [النساء: ٦] قيل: بلوغ النكاح: الاحتلام والحيض[(١١)] فسوى بين الذكران

(١) في (ر): (لا).
(٢) قوله: (الأول) ساقط من (ت).
(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٠١
(٤) قوله: (عليه) ساقط من (ر).
(٥) قوله: (العدد) ساقط من (ر).
(٦) قوله: (على الغالب) ساقط من (ر).
(٧) في (ر): (ولا).
(٨) قوله: (حكم) ساقط من (ر).
(٩) في (ر): (وبعد).
(١٠) قوله: (فيهن) ساقط من (ر).
(١١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٠٧، ونص المدونة: (قال: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ وبلوغ النكاح بالاحتلام والحيض) من كتاب الهبة.

والإناث وأن يدفع إليها مالها[١] إذا حاضت وأنس منها الرشد وإن لم تتزوج، واختلف في البكر التي لا أب لها فقيل: هي على السفه حتى يثبت رشدها وذكر سحنون في كتاب النكاح الثاني أنها إن تزوجت بدون صداق مثلها أو وضعت عن الزوج بعد الطلاق صداقها أن ذلك جائز، وحمل أمرها على الجواز كالصبي وقد يقال إن الاختلاف فيها هو كالاختلاف في السفيه الذي لا حجر عليه أنه في أحد القولين على الجواز حتى يحجر عليه.

واختلف بعد القول أنها على السفه هل تجوز أفعالها بالدخول أو حتى ترشد؟ المشهور من المذهب أن الثيب إذا لم يتقدم عليها حجر أنها في أفعالها على الجواز.

واختلف فيمن لم يتقدم عليها حجر وعلم منها الرشد وأخر أمرها حتى يدخلَ بها هل ترشد بنفس الدخول أو حتى يختبر أمرها بعد الدخول فقال في المدونة في المدخول بها[٢] إذا دخل بها زوجها جاز فعلها إذا علم منها صلاح الحال، وقال مطرف في كتاب[٣] ابن حبيب: إذا علم منها صلاح الحال قبل الدخول جاز أمرها إذا دخل بها[٤] ، وذكر عن مالك أنه استحب أن يتربص بها[٥] سنةً بعد الدخول.

فصل
[في إقرار المحجور عليه]

إقرار المحجور عليه على وجهين فإقراره بالمال وبما يتعلق بالذمة كالمداينة والغصب والتعدي والودائع وجراح الخطأ ساقط وإقراره بما يتعلق بالبدن من

(١) قوله: (قيل: بلوغ النكاح: الاحتلام... وأن يدفع إليها مالها) ساقط من (ر).
(٢) قوله: (في المدخول بها) زيادة من (ر).
(٣) قوله: (في كتاب) يقابله في (ت): (عند).
(٤) قوله: (إذا دخل بها) ساقط من (ر).
(٥) قوله: (بها) ساقط من (ر).

ضرب أو قطع أو حد كالقذف[١] والزنا والسرقة والحرابة وجراح العمد[٢] وقتل العمد والحرابة[٣] لازم، وهو في ذلك كالرشيد وكالعبد يصح إقراره بما يتعلق بجسده دون المال؛ لأنه قد يتهم في إقراره بالمال لمن ليس[٤] له عليه شيء ولا يتهم في إباحة ظهره أو دمه أو عضو من أعضائه وهو بريء وهبته لماله ساقطة.

واختلف في عفوه عن عرضه وجراحاته إذا كانت عمداً فأجازه ابن القاسم وقال مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب[٥] في المولى عليه من سفيه أو صغير أو بكر لا يجوز عفوهم عما نيل[٦] منهم من الحدود والشتم وجراح العمد إلا في النفس فإنهم عند الموت في العمد والخطأ كالكبير[٧].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: أما في النفس فإنه يجري على أحكام الوصايا فيجوز عفوه عن العمد، وتجعل عفوه عن الدية في الخطأ في ثلث ماله[٨]، وأما بيعه[٩] فعلى الوقف والاختبار فإن كان في غنى عن البيع أو محتاجاً إليه، وباع ببخس رد بيعه/ ، وإن كان محتاجاً إلى البيع ولا بخس في الثمن مضى البيع، وقبض الولي الثمن، وإن كان قد أسلم الثمن[١٠] إلى المولى عليه فضاع من يده أو تلفه من غير منفعة لم يضمنه، وإن صرفه فيما لا غنى له عنه حوسب به، وإن لم ينظر في ذلك حتى فاتت السلعة عند المشتري بتلف مضى البيع؛ لأنها كالمستحقة (ف) ٢٩٦/أ

(١) في (ف): (أو قتل كالقذف)، وفي (ر): (أو قتل في كالقذف).
(٢) قوله: (وجراح العمد) يقابله في (ر): (والجرح في العمد).
(٣) قوله: (والحرابة) زيادة من (ر).
(٤) في (ر): (لا).
(٥) قوله: (وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب) يقابله في (ت): (وعبد الملك).
(٦) قوله: (نيل) يقابله في (ت): (قبل).
(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٩٨.
(٨) قوله: (وتجعل عفوه عن الدية في الخطأ في ثلث ماله) يقابله في (ت): (ويجعل الدية في ثلثه).
(٩) قوله: (بيعه) يقابله في (ت): (عفوه فعلى الثلث).
(١٠) قوله: (أسلم الثمن) يقابله في (ت): (سلم).

إذا[1] فاتت من غير سبب المشتري، وإن فاتت بلباس كان عليه الأكثر من القيمة أو الثمن، وإن كان السفيه هو المشتري رد شراؤه إذا كان في غنى عن ذلك المشترى، وإن اشترى بغبن عليه فإن كان محتاجاً إليه للبس، وليس في الثمن غبن مضى البيع، واستحسن أن يمضي البيع إذا لم يعلم بذلك حتى أتلفه السفيه؛ لأن الولي كان سلم ذلك إليه، ووضع يده عليه.

واختلف إذا اشترى أمة فحملت منه فقال في العتبية[2] : ترد إلى بائعها ويرد البائع على اليتيم[3] الثمن، ولا شيء عليه من قيمة الولد، وقال في مثلها تمضي له أم ولد بغير عوض[4] والأول أبين، ومحمل قوله إذا كان في غنى عن مثل ذلك، وإن باع أمة فحملت من المشتري جرت على الخلاف في المستحقة إذا ولدت من المشتري إلا أن يكون المشتري معسراً وهو عالم أن البائع محجور عليه فينزع منه بكل[5] حال.

فصل
[عتق المحجور عليه]

عتق المحجور عليه ساقط؛ لأن ذلك كالهبة منه.

واختلف في عتقه أم ولده فأمضاه ابن القاسم في المدونة[6]، وقال المغيرة في كتاب ابن سحنون: عتقه مردود وليس بمنزلة طلاقه لزوجته، وأم ولده بمنزلة رقيقه ويدخل فيها من الرفق والتوقي لماله ما يدخل عليه في عبده إذا أعتقه، وإن أجزت عتقه التمس أن يتزوج أو يشتري له جارية أو لعلها تخدمه،

---

(١) قوله: (إذا) ساقط من (ف) و(ر).
(٢) في (ر): (المدونة).
(٣) قوله: (على اليتيم) ساقط من (ر).
(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٤٨٧و٤٨٨. نسبه إلى أصبغ.
(٥) في (ر): (بغير).
(٦) انظر: المدونة: ٤/ ٧٢.

وليس له مال يحمل لشراء خادم. انتهى قوله.

واختلف بعد القول بجواز عتقها في مالها فقال مالك في كتاب محمد: يتبعها مالها، وقال ابن القاسم: لا يتبعها إلا أن يكون يسيراً[(١)] وهو أشبه.

فصل
[فيما إذا قال لرجل: ادفع عني لفلان ألف درهم]

وقال ابن القاسم فيمن قال لرجل: ادفع عني لفلان ألف درهم فدفعها ثم أراد الرجوع بها على الآمر فقال له: كانت لي عليك ديناً لم يقبل قوله[(٢)]، وقال سحنون: إن كانت بينهما مخالطة ومعاملة، وطال ذلك فالقول قول الآمر، يريد: أن ذلك دليل للآمر؛ لأنه لو لم يكن ديناً لطلبه بها قبل ذلك، ولم يقبل قول الآمر في القرب؛لأن الأصل براءة الذمة للدافع من الدين إلا أن يعلم أن مثله لا يسلف هذا القدر أو يكون هو المتصرف للآمر في أموره فلا يقبل قوله أنه دفعها من خاصته[(٣)].

تم كتاب الحجر[(٤)] والحمد لله رب العالمين
والصلاة على محمد وصلى الله على سيدنا محمد
وآله وسلم تسليماً

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٤٠٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٧٥.

(٣) في (ر): (حصته).

(٤) في (ت) و(ف): (المديان).

كتاب الحمالة

النسخ المقابل عليها:

١ ـ (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

٢ ـ (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤ & ٢٤٣)

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد
وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب الحمالة[(١)]

باب
في الحمالة ولزومها وصفاتها، وبماذا تسقط؟

الحمالة لازمة لما يتعلق بها من حقِّ المتحمل له والمتحمل به؛ لقوله ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»[(٢)]، وقوله لقبيصة: «**لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ إِلَّا لِثَلَاثٍ: رَجُلٍ تَحَمَّلَ بِحَمَالَةٍ فَحَلَّتْ لَهُ المَسْأَلَةُ حَتَّى يُؤَدِّيَهَا**» الحديث أخرجه مسلم[(٣)]، تضمن هذا الحديث جواز الحمالة ولزومها وأنها كالديون ويدخل بها في جملة الغارمين ويجوز له أخذ الزكاة لقضائها، والحميل والضمين والكفيل والزعيم والقبيل واحد.

والحمالة على أربعة أوجه: بالوجه وبالمال وبالطلب وحوالة بمنفعة، وأيُّ ذلك كان فإن الحمالة لازمة.

---

(١) في (ف): (كتاب الحمالة والحوالة).

(٢) **حسن غريب**، أخرجه أبو داود في سننه: ٢/ ٣١٩، في باب: في تضمين العارية، من كتاب الإجارة، برقم (٣٥٦٥)، والترمذي في سننه: ٣/ ٥٦٥، في باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، من كتاب البيوع، برقم (١٢٦٥)، وابن ماجه في سننه: ٢/ ٨٠٤ في باب: الكفالة، من كتاب الصدقات، برقم (٢٤٠٥)، وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

(٣) أخرجه مسلم: ٢/ ٧٢٢ في باب: من تحل له المسألة، من كتاب الزكاة، برقم (١٠٤٤).

والحمالة[١] **بالوجه**: أن يقول: أتحمل به أو بوجهه أو بعينه أو أضمن إحضاره والإتيان به، فهذا يبرأ بإحضاره موسراً كان أو معسراً.

والحمالة بالمال يقول: أنا حميل بما عليه أو بما ثبت عليه ببينة أو بإقراره أو بما يعامله به، وإذا كان ذلك لم يبرأ بإحضاره إلا أن يكون موسراً.

والحمالة بالطلب: أن يقول: أنا حميل بطلبه، أو عليَّ أن أطلبه، فليس عليه سوى ذلك، فإن أعجزه[٢] أو غاب عنه إلى موضع بعيد وليس من شأنه السفر إلى مثله -لم يكن عليه شيء.

وإن قال: أنا حميل لك، ولم يذكر وجهاً ولا مالاً جاز، فإن قال بعد ذلك: إنما أردت الكفالة له بالوجه كان القول قوله.

فصل
[فيما يجوز الكفالة فيه]

المطلوب من المتحمل به ثلاثة: مال، وما ليس بمال: وهو حق لآدمي: عرض أو جرح أو قطع عضو أو قتل، أو حق لله تعالى: حد من حدود الله تعالى: سرقة أو زنا أو شرب خمر أو حرابة.

فإن كانت المطالبة بمال جازت الكفالة على الوجوه الثلاثة المتقدم ذكرها، وإن كانت المطالبة بعرض أو جرح أو قطع أو قتل لم تجز الكفالة له بما يجب على المطلوب، ولا أن يتكفل بوجهه[٣] على أنه متى عجز عن إحضاره أخذ ذلك منه، وجازت الكفالة بطلبه خاصة؛ لأن ذلك من حق الطالب فلو رضي

(١) قوله: (بالوجه... والحمالة) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (فإن أعجزه) زيادة من (ف).

(٣) قوله: (بوجهه) في (ف): (بوجه).

بإسقاط حقه جملة لجاز، فإذا رضي أن يترك المطلوب على هذا الوجه جاز.

وقال إسماعيل القاضي: إن شرط أنه كفيل طلب خاصة جاز، وإن كان مطلوباً بحق الله سبحانه؛ لم يجز أن يترك بحميل، والحكم/ أن يستحق حتى (ف) ٢٩٦/ب
يقام عليه ما يثبت من ذلك، وإن كانت امرأة حامل من زنى سجنت حتى تضع، فترجم إن كانت ثيباً أو تجلد إن كانت بكراً بعد أن تتعالى من نفاسها، وإن كان ذلك بإقرار منها كان الأمر أوسع؛ لأن لها أن ترجع. وقد اختلفت الأحاديث في الغامدية، وقد كانت اعترفت بالزنا؛ ففي بعضها أنه أمرها بالانصراف حتى تضع، وفي بعضها أنه كفلها(١).

واختلف هل بعد الهروب رجوع؟ وهل يقبل الرجوع من غير عذر؟ فمن أجاز ذلك أجاز أن يترك بغير حميل.

---

(١) حديث الغامدية رواه مسلم وفيه: (... ثم جاءته امرأة من غامد من الأزد فقالت يا رسول الله: طهرني فقال: «ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه» فقالت: أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعز بن مالك قال: «وما ذاك»؟ قالت: إنها حبلى من الزنى فقال: «آنت؟» قالت: نعم. فقال لها «حتى تضعي ما في بطنك» قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت. قال: فأتى النبي ﷺ فقال: قد وضعت الغامدية فقال: «إذا لا نرجمها وندع لها ولدها صغيرا ليس له من يرضعه» فقام رجل من الأنصار فقال: إليَّ رضاعه يا نبي الله. قال: فرجمها.

وفي حديث النسائي: عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: كنت جالسا عند رسول الله ﷺ فجاءته الغامدية من الأزد فقالت: يا رسول الله إني زنيت فردها. فقالت: يا رسول الله، أتريد أن تردني كما رددت ماعزا ؛ فوالله إني الآن لحبلى. قال: «انطلقي حتى تضعيه» ثم جاءت فقالت: قد وضعت يا رسول الله. قال: «انطلقي حتى تفطميه» ففطمته ثم جاءت به وفي يده كسرة يأكلها، فقالت: قد فطمته، وهو ذا يأكل، فدفعه رسول الله ﷺ إلى رجل من المسلمين ثم أمرهم فحفروا لها حفرة إلى صدرها، ثم أمر القوم به فرجموها أخرجه النسائي في الكبرى: ٤/ ٣٠٤، في تأخير الحد عن المرأة الحامل إذا هي زنت حتى تفطم ولدها، من كتاب الرجم، برقم (٧٢٧١).

وإن تحمل رجل بطلب مَن ثَبَتَ عليه حدٌّ بعد هروبه، فإن كان ثبات ذلك ببينة ألزم الوفاء بالحمالة، وإن كان بإقرار على الخلاف هل يلزمه طلبه أم لا؟

فصل
[في سقوط الحمالة بالوجه]

الحمالة بالوجه تسقط عن الحميل بإحضاره، وإن كان معدماً، وكذلك إذا كان حاضراً بالبلد مسجوناً كان سجنه ذلك في حق أو تعدياً عليه، ولأن ذلك كموته إذا تعدى عليه بالسجن. ولو امتنع هو برجل لكان كتغيبه، وإن أسلمه الحميل للطالب في مفاز، أو في بلد لا سلطان فيه، أو يقدر على الامتناع بسلطانه أو غيره لم تسقط الحمالة، وإن كان به سلطان وتناله الأحكام برئ الحميل.

قال محمد: يبرأ وإن كان لا بينة للطالب فيه، وقال محمد بن عبد الحكم: لا يبرأ إلا في موضع لا يقدر على الامتناع فيه إلا كما يمتنع في الموضع الذي ضمنه فيه.

قال الشيخ ﷺ: إذا كان المطلوب مقراً في حين أخذ منه الحميل جاز أن يقال أن الحميل يبرأ الآن مقراً كان أو منكراً؛ كان للطالب في ذلك الموضع الآخر بينة أم لا؛ لأن القصد في وقت أخذ الحميل منه خوف تغيبه، ولم يكن خوف جحوده، والجحود أمر حدث بعد ذلك، وإن كان جاحداً وأخذ الحميل حتى تقام البينة عليه أو حتى يزكى من شهد عليه لم يبرأ الحميل بدفعه في غير بلده؛ لأنه لا ينتفع بتسليمه ذلك، ولو كانت البينة قد زكيت، وكان التأخير ليجرحها المطلوب، واعترف المطلوب الآن أن الأمر كان على ذلك لبرئ الحميل؛ لأنه مأخوذ بالحق الآن.

فصل
[في حكم الكفالة إذا ثبت فقر الحميل]

وإذا كانت الحمالة بالوجه ثم عجز الحميل عن إحضار المتحمل به غرم المال إلا أن يثبت فقره بأمر بَيِّن، وما يكون عنه لو كان حاضراً أنه لم يثبت[١] شيئاً على الاستحسان فتسقط الكفالة، وهذا هو الصواب من القول.

واختلف في الموضعين جميعاً: هل يغرم المال إذا لم يحضره؟ وهل تسقط الكفالة إذا ثبت فقره؟ فقال مالك، وابن القاسم: إذا لم يحضره غرم المال[٢]. وقال محمد بن عبد الحكم: لا شيء عليه[٣]، ورأى أن الحمالة بعين فغلب عليها ولم تكن له قدرة على إحضارها فلم يكن عليه غرم، وكان قول الحميل لا بد أن أحضره في معنى المستحيل لما كان غير قادر على إحضار تلك العين، والقول الأول أحسن؛ لأن البائع وثق به، وقد كان على الحميل أن يتحفظ منه حتى يوفي به، وتغيب الغريم تلف لحق الطالب، فكان على الحميل أن يغرم ما كان يستفاد بإحضاره. وقال أبو الجهم عن مالك: لا يبرأ إلا بوصول الحق إلى صاحبه، قال: لأنه تحمل به في وقت يساره فيأتي به في وقت إعساره، فقد أتلف عليه المال، والأول أبين إذا كان معسراً عند حلول الأجل، فإن حل الأجل وهو موسر ثم أتى به بعد أن أعسر لزمه المال، إلا أن يريد أن الحمالة كانت بمال حالٍّ ولم يتحمل ليؤخر.

واختلف إذا حكم عليه بالمال لما لم يحضره ولم يثبت فقره ثم لم يغرم المال

---

(١) قوله: (يثبت) في (ف): (يغب).

(٢) انظر: المدونة ٤/ ٩٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١٠٩

حتى قدم الغريم، فقال عبد الملك بن الماجشون: قد مضى الحكم.

وقال سحنون: لا غرم عليه، والمسألة على ثلاثة أوجه: فإن قدم معسراً وكان عند حلول الأجل موسراً كان الحكم ماضياً. وإن كان معسراً[١] عند حلول الأجل، والحكم فإن غرم الحميل المال استرجعه؛ لأن غيبة الغريم لم تضر الطالب شيئاً، وإن كان حاضراً لم يأخذ منه شيئاً. وإن كان موسراً يوم حلَّ الأجل ويوم قدم كان الحكم قد وقع موقعه، وكان الآن بمنزلة حميل المال، فاختلف هل يبتدأ بالحميل أم لا؟

فصل
[في ما إذا حلَّ الأجل وطلب الحميل التأخير إلى أن يحضر الغريم]

واختلف إذا حل الأجل وسأل الحميل أن يؤخره رجاء أن يحضر الغريم؛ فقال مالك وابن القاسم: ذلك له[٢]، وقال ابن وهب: يغرم المال، ولم يجعل فيه تلوماً. والأول أبين يتلوم له إذا لم يدر هل هو بالبلد أو غائباً عنه، وإذا علمت غيبته ولم يعلم حيث هو، أو علم الموضع وكان قريباً - تلوم له[٣]، وإن كان بعيداً لم يتلوم له، والتلوم إذا لم تعلم غيبته أو علمت ولم يعلم موضعه اليوم واليومين.

واختلف إذا علم موضعه؛ فقال في المدونة: إذا كان سفراً قريباً اليوم وما أشبهه تلوم له[٤]. وقال في العتبية: إذا كانت الغيبة اليومين والثلاثة وما لا يضر

---

(١) قوله: (معسراً) في (ف): (موسراً).

(٢) انظر: المدونة ٤/ ٩٦، وانظر: البيان والتحصيل ١١/ ٣٧٥.

(٣) قوله: (تلوم له) زيادة من (ف).

(٤) انظر: المدونة ٤/ ٩٦.

بالمتحمل له أُخِّر على قدر ما يرى الإمام[1]. وظاهر هذا يقتضي أن يؤخر سبعة أيام سيراً ورجوعاً وطلباً وهذا/ كثير. (ف) ٢٩٧/أ

وقولُهُ: «ما لا[2] يضر» حسنٌ فليس الطالب المقيم كالمسافر.

وإذا أمكن من الخروج لطلبه، وقال الطالب: أخاف ألا يرجع إذا سافر، كان له أن يأخذ عليه حميلاً، فإن لم يرجع أغرم الحميل الثاني إلا أن يرى أن مثله لا يخشى منه ذلك.

واختلف إذا قال الكفيل في حين[3] الحمالة: أنا كفيل به إلى غد أو إلى أجل فإن لم أوف به فأنا ضمين بالمال، فقال في المدونة: إن أتى به بعد ذلك قبل أن يحكم السلطان برئ[4]، فعلى هذا يتلوم له إذا طلب ذلك الحميل. وقال في كتاب محمد: إذا لم يأت به في اليوم بعينه[5] غرم ولم يجعل له زيادة[6]. وهو أبين؛ لأن الحمالة تطوع حمالة بالوجه في اليوم الأول وحمالة بالمال في اليوم الثاني، فوجب أن يلزم ذلك حسب ما ألزم نفسه، وهو خلاف بيع الخيار، إذا شرط التزام البيع بغروب شمس آخر أيام الخيار؛ لأنها مبايعة فرأى أن[7] ذلك غرر.

❊ ❊ ❊

---

(١) انظر: البيان والتحصيل ١١/ ٣٧٥.

(٢) قوله: (لا) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (حين) في (ف): (حال).

(٤) انظر: المدونة ٤/ ٩٦.

(٥) قوله: (نفسه) في (ف): (بعينه).

(٦) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١١٢.

(٧) قوله: (أن) ساقط من (ف).

فصل
[في حكم الكفالة إذا المطلوب منكراً]

وإذا كان المطلوب منكراً فتحمل به على أنه إن لم يأتِ به ضمن المال لم يلزمه ما ألزم نفسه؛ لأن ذلك غرر وتخاطر منهما إلا أن يثبت حقه ببينة، ومثله إذا قال المطلوب: دعني فإن لم أُوَفِّكَ لوقت كذا فالحق قبلي، فلا شيء عليه إلا أن يثبت ذلك ببينة.

واختلف إذا دفع الغريم نفسه من الحمالة؛ فقال في المدونة: لا تسقط الحمالة إلا أن يسلمه الحميل، أو وكيله، أو يكونا شرطا ذلك أنه إذا دفع نفسه فهي براءة للحميل(١).

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا قال المتحمل به: جئتك عن حمالة فلان سقطت الحمالة وليس له أن يقول: لا أقبله إلا من الحميل. وهو أحسن، ولو قيل: إذا كان حاضراً بعد محل الأجل، وهو يراه، ويتمكن منه فتركه أن الحمالة ساقطة لكان صواباً؛ لأن الحمالة في الأصل إنما هي لما يتخوف من تغيبه عند الأجل فيقول له: إن غاب أحضرته، وهذا لم يغب، ولو قال: إن غاب فأنا أطلبه، كان أبين من حميل الوجه إذا قال: أنا آتي به.

* * *

(١) انظر: المدونة ٤/ ٩٨.

باب
في من تحمل بطلب رجل ولم يضمن وجهه

وإذا تحمل بطلبه كان عليه أن يطلبه ويبحث عنه في البلد وفيما قرب من خارجه إذا لم يعلم حيث توجه وجهل موضعه.

واختلف إذا عرف موضعه[١]؛ فقال أصبغ: يطلبه على مسيرة اليوم واليومين وحيث لا مضرة فيه، وقال عبد الملك بن الماجشون: يخرج لطلبه قَرُبَ موضعُهُ أو بَعُدَ ما لم يتفاحش، فأما ما يكون من أسفار الناس فليخرج، أو يرسل، أو يؤدي عنه[٢]. فرأى أصبغ أن الطلب معلق بعين الحميل لا في الذمة فإن كان تدركه فيه مضرة سقط عنه، وروى عبد الملك أن ذلك في الذمة ولهذا قال: يرسل رسولاً.

وأرى إذا كان خروجه إلى المعتاد من سفره، أو يخشى تغيبه إليه أن يلزم بطلبه فيه[٣] بنفسه، أو بوكيل، فإن خرج لطلبه ثم قدم، وقال: لم أجده، وقال الطالب: من يعلم أنك بلغت الموضع؛ كان القول قول الحميل إذا مضت مدة يذهب فيها ويرجع، وهو قول ابن القاسم في العتبية[٤]، وهذا مثل قوله في الأجير على تبليغ الكتاب، وخالفه غيره في الأجير، ويلزم على قوله أن يكلف الحميل إثبات وصوله.

وقال عبد الملك بن الماجشون: إذا كان قادراً على إحضاره فتركه حتى

---

(١) قوله: (واختلف إذا عرف موضعه) ساقط من (ف).
(٢) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١١٤.
(٣) قوله: (فيه) ساقط من (ف).
(٤) انظر: البيان والتحصيل ١١/ ٣٧٣.

غاب فقد غرّ. وقال في المبسوط: هو ضامن، وقال ابن القاسم في كتاب محمد: إذا لم يعرف موضعه لم يسجن فيه إلا أن يتهم أن يكون عارفاً بمكانه فيسجن على قدر ما يرى السلطان وما يرجو به الرد على صاحبه[1].

قال الشيخ رحمه الله: ولو قويت الدلائل في تهمته بمعرفة مكانه، وأن ذلك لدد عن طلبه وإظهاره فأغرم المال لكان وجهاً.

❊ ❊ ❊

(١) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١٠٩.

باب
في الحميل بالمال

الحمالة بالمال على وجهين: مطلقة، ومقيدة؛ فالأولى: أن يقول: أنا حميل بما عليه، لا يزيد على ذلك، والثانية: أن يقيدها بشرط؛ فيقول: إن افتقر أو غاب أو مات أو لدَّ، فإن أطلق كان في تبرئة الحميل مع قدرة الطالب على أخذ حقه من الغريم قولان: الإجازة، والمنع.

واختلف عن مالك أيضاً -إذا اشترط- أن يبتدئ بأيهما أحب فأجاز مالك[١] ذلك ومنع منه، وقال: يعمد إلى[٢] هذا فيبيع مسكنه وخادمه وصاحبه حاضر مقيم، ولم يرَ أن يوفي بالشرط[٣]، وبه أخذ أشهب، وابن كنانة، وابن الماجشون[٤]، وبالأول أخذ ابن القاسم.

وللناس اليوم عادة في الحميل أنه إنما يراد به التوثق، وليس يراد أن يكون غريماً مع الأول، وإنما يطلب عند عوائق تعوق عن أخذه المال من الغريم فقراً ولدداً وغيبة فلا يبدأ اليوم الحميل مع عدم الشرط، فإن بدأ بحميل فقال: أنا حميل إن افتقر أو جحد أو غاب أو لد أو مات لم يكن قبل[٥] حميل طلب إلا بوجود أحد تلك الشروط[٦]، فإن شرط إن أعسر لم يطلب الحميل إلا/ بعد (ف) ٢٩٧/ب
ثبات فقر الغريم، فإن كان موسراً فلَدَّ أو جحد أو غاب أو مات لم يكن عليه

(١) قوله: (مالك) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (يعمد إلى) في (ف): (يمنع).

(٣) انظر: المدونة ٤/ ٩٩.

(٤) قوله: (وابن الماجشون) زيادة من (ف).

(٥) قوله: (الحميل مع عدم الشرط، ... مات لم يكن قبل) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (أحد تلك الشروط) في (ت): (ذلك الشرط).

شيء؛ لأنه علق القضاء بشرط الفقر، وهذا موسر إلا أن يثبت أنه افتقر في مغيبه. وإن قال: أنا كفيل إن جحد، فافتقر أو لَدَّ ولم يجحد أو تغيب لم يكن عليه شيء[(١)]، ومثله إن قال: إن غاب، فجحد أو افتقر ولم يغب فلا شيء عليه، ولو كان الغريم حاضراً بعد محل الأجل، وأقام الإقامة[(٢)] البينة وهو قادر على أخذ حقه منه ففرط[(٣)] حتى غاب لسقطت الحمالة؛ لأنه علق الحمالة إن غاب عند محل الأجل، وفي الوقت الذي يتوجه عليه الطلب فلم يغب، وليس بمنزلة من قال: أنا آتي به عند الأجل، وشرط أن يسلمه للطالب؛ لأن هذا لم يشترط[(٤)] إحضاره، وإنما قال: إن غاب، فلم يغب.

وإن علق الكفالة بشرطين فقال: إن جحد أو افتقر، لم يلزم إن ألد أو غاب، وإن اشترى رجلان سلعة على أن أحدهما حميل بالآخر الموسر عن المعسر، والحاضر عن الغائب، والحي عن الميت لم يلزمه القضاء عنه إن ألد أو جحد وهو موسر؛ لأنه يقول: هو ذا حي[(٥)] حاضر موسر.

فصل
[في أوجه تبدية الحميل]

وشرط تبدية الحميل على ثلاثة أوجه:

فإمَّا أن يكون في ذلك للطالب[(٦)] منفعة أو لا منفعة له أو لا مضرة على

---

(١) قوله: (أو لَدَّ... عليه شيء) زيادة من (ف).

(٢) قوله: (الإقامة) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (ففرط) في (ف): (فعرض).

(٤) قوله: (من قال: أنا آتي به عند... يشترط) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (حي) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (للطالب) زيادة من (ف).

الحميل أو عليه في ذلك مضرة، فإن كانت له في ذلك منفعة[١]- لأن الغريم لا يقدر على الوفاء إلا من رباع وما يطول بيعه، والحميل موسر بالعين أو بما يقرب بيعه -كان له أن يبتدئ بالحميل، وإن كان لا منفعة له في ذلك الشرط ولا مضرة على الحميل؛ لأنه والغريم موسران بالعين، أو كان الغريم موسراً بما يقرب بيعه، والحميل موسراً بالعين كان فيها قولان هل يوفى له بشرطه؟ واستحسن أن يبتدئ بغريمه.

وإن كان لا منفعة له في ذلك، وعلى الحميل مضرة ـ لأن الغريم موسر بالعين، والحميل موسر بالعرض أو بالعقارـ لم يمكن من بيع عرض الحميل مع قدرته على أن يأخذ العين الذي في يد غريمه، ومثله إذا كان في أيديهما عرضان هما في القرب في البيع سواء أو كان بيع عرض الغريم أبعد بالأمد اليسير، وإن[٢] كان عند الغريم عرض وعند الحميل عقار أو عندهما عقار وهما في أمد البيع سواء، أو ما بيد الغريم أبعد بالأمد القريب لم يبدأ بالحميل، وعلى هذا محمل قول مالك: ألا يعمد فيبيع مسكن الحميل وخادمه وصاحبه حاضر مقيم فيضر بحميله من غير منفعة، وقد قال النبي ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[٣]، وإن كان ذلك الشرط من الغريم أن يبدأ بالحميل، وكان متى غرم الحميل رجع على الغريم بالحضرة عاد الجواب إلى ما تقدم، وإن كان القصد أن

---

(١) قوله: (أو لا منفعة له... ذلك منفعة) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (وإن) في (ت): (أو).

(٣) صحيح، أخرجه ابن ماجه في سننه: ٢/ ٧٨٤ في باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، من كتاب الأحكام، برقم (٢٣٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرى: ٦/ ١٥٦، في باب: من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد، من كتاب إحياء الموات، برقم (١١٦٥٧).

يسلفه ليرجع به في وقتٍ آخر كان من حق الغريم أن يوفي له بشرطه ويبدأ بالحميل. وقد قال ابن القاسم فيمن اكترى داراً على أن يحيله بالكراء على رجل ليس له عليه دين قال: هذه حمالة ورأى[1] أن يبدأ بالغريم[2]. ومحمل قوله على أن الحميل يرجع بالحضرة.

واختلف إذا أطلقت الحمالة ولم تقيد بشرط تبديته، فقال الطالب للحميل: اغرم لي؛ لأن الغريم معسر، وقال[3] الحميل: بل هو موسر، فقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب: ليس على الحميل شيء[4] حتى يبدأ المطلوب. وقال مالك في كتاب محمد: يكشف مال الغريم قبل، وقال سحنون في العتبية: إن لم يعلم للغريم مال ظاهر غرم الحميل إلا أن يكشف لمن تحمل له مال الغريم[5]. والأول أبين.

ومحمل الغريم على ما كان عليه وهو اليسر حتى يثبت الآخر فقره، قال محمد: إذا قضى الحميل في غيبة الغريم، ثم قدم الغريم فأثبت أنه كان قضى ذلك الدين قبل دفع الحميل رجع الحميل على من دفع إليه، وإن كان دفع الحميل أولاً رجع على الغريم، وإن جهل أيهما دفع أولاً رجع الحميل على من دفع إليه إلا أن يكون ذلك بقضاء من السلطان[6].

---

(١) قوله: (ورأى) في (ت): (وأرى).

(٢) انظر: المدونة ٤/ ١٢٨.

(٣) قوله: (وقال) في (ت): (أو قال).

(٤) قوله: (شيء) في (ت): (سبيل).

(٥) انظر: البيان والتحصيل ١١/ ٣٤٨.

(٦) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١٤٦.

باب
فيمن ادعى قِبل رجلٍ مالاً فقال آخر: أنا كفيل به أو بما يقر لك به أو بما يثبت لك عليه

ومن المدونة قال ابن القاسم فيمن قال لي: على فلان ألف درهم، فقال آخر: أنا كفيل بها، ثم أنكر المدعى عليه: لا شيء على الكفيل إلا أن يقيم بينة على حقه؛ لأن الذي عليه الحق جحد[1].

قال ابن المواز: سواء أقر أو أنكر[2] إلا أن يكون إقراره قبل الحمالة[3].

قال الشيخ: أما إذا أنكر فالأمر بين ألا شيء على الحميل؛ لأنه لم يقصد بالحمالة إلا ليكون له مرجع على الغريم، فإذا جحد لم يكن له مرجع، وأمَّا إن أقرَّ فإن الحمالة تلزم، وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة؛ لأنه رضي بالحمالة بمجرد قول الطالب: لي عند فلان كذا، والتزم الكفالة من الآن قبل قدوم فلان، فإذا أقر فلان لزمته، وكذلك ينبغي أن يكون الجواب إذا جحد ونكل عن اليمين وحلف الطالب أن تثبت الكفالة؛ لأن له المرجع ولم يلزمه إذا جحد، ونكل ولو أقرَّ ثم جحد لزمته الكفالة[4]، وإن قال: أنا كفيل بما يثبت لك[5] عليه؛ فإن أراد ما تثبته البينة لم تلزم الحمالة/ بإقراره، وإن أراد ما يثبت بذمته لزمته الكفالة بثبات ذلك بالبينة أو بإقراره ما لم يقر بأكثر مما يشبه أن يداينه به. (ف) ٢٩٨/أ

(١) انظر: المدونة ٤/ ٩٩.

(٢) قوله: (أقر أو أنكر) في (ف): (أنكر أو جحد).

(٣) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١١٢.

(٤) قوله: (ولم يلزمه...لزمته الكفالة) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (لك) زيادة من (ف).

باب
في الكفالة عن المولى عليه والصبي

الكفالة عن المولى عليه على ستة أوجه؛ فتلزم في ثلاثة، وتسقط في اثنين، ويختلف في السادس: فإن كانت الكفالة في أصل العقد، والحميل والمتحمل له عالمان بأنه مولى عليه أو كان الحميل وحده عالماً كانت الحمالة لازمة، وإن كان المتحمل له عالماً دون الحميل كانت الحمالة ساقطة؛ لأنه أتلف ماله وغر الحميل، وإن كانا يجهلان والكفالة بعد العقد كانت ساقطة أيضاً؛ لأن العامل[1] أتلف ماله أولاً، والحميل لم يضره[2] الآن بشيء وتحمل، وهو يرى أنه رشيد ممن يرجع عليه، وإن كانت الكفالة في أصل العقد وهما لا يعلمان أنه مولى عليه جرت على قولين؛ فقال عبد الملك في كتاب محمد: الكفالة لازمة[3]، وعلى قول مالك -فيمن اشترى ثوباً فأعطاه البائع غيره فقطعه ألا شيء على القاطع؛ لأنَّ المالك أخطأ على ماله وسلطه عليه[4]- لا يكون على الحميل هاهنا شيء؛ لأن البائع أخطأ على ماله وسلط[5] المولى عليه على هلاكه، فإن كان موسراً قال الحميل: إنما كانت الحمالة خوف أن يفتقر أو يجحد وهذا موسر مقر، وإن كان معسراً قال: [6] أنا تحملت وأنا أرى أن لي مرجعاً متى غرمت

---

(١) في (ف): (الحامل).

(٢) في (ف): (يغره).

(٣) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ٩٩.

(٤) قوله: (عليه) زيادة من (ف). وانظر: المدونة ٣/ ٤٠١.

(٥) قوله: (وسلط) في (ف): (وسلطه).

(٦) قوله: (إنما كانت الحمالة خوف أن يفتقر أو يجحد وهذا موسر مقر، وإن كان معسراً قال) زيادة من (ف).

ومعلوم أني لو علمت ألا مرجع لي لم أتحمل، وعلى هذا يجري الجواب في الحمالة بالصبي ينظر هل كانت في أصل العقد أو بعده؟ وهل يجهلان أن مبايعة الصبي ساقطة أم لا، أو كان أحدهما يعلم والآخر يجهل؟ وإن كانت تلك المداينة أو المطالبة مما يلزم السفيه أو الصبي؛ لأنها كانت بغير معاينة وصرفاها فيما لا بد لهما منه من نفقة أو كسوة أو إصلاح متاع أو عقار جرياً على حكم البائع الرشيد.

❊ ❊ ❊

باب
في الكفيل والمتكفل له يختلفان في القضاء عن الكفالة

ومن المدونة قال ابن القاسم: قال مالك: فيمن له على رجل ألف درهم من كفالة وألف من قرض، ثم قبض ألفاً وقال: هي من الكفالة، وقال الآخر: هي من القرض، قال: تقسم بينهما فيكون نصفها على الكفالة ونصفها على القرض[1]، وقال أشهب وعبد الملك: القول قول القابض[2].

واختلفا في تعليل ذلك فقال عبد الملك: القول قول القابض؛ لأنه أمنه حين دفع إليه وقد كان قادراً على أن يتوثق. يريد: بالبينة. وقال أشهب: لأنه[3] لا يؤخذ بغير ما أقرَّ به.

قال الشيخ: إنما يستقيم الجواب بعد معرفة حال المتحمل به يوم القضاء ويوم اختلفا، هل هو في اليومين معسر أو موسر، أو معسر في أحدهما وموسر في الآخر؟ وإن كان معسراً في اليومين جميعاً لم يكن لاختلافهما فائدة؛ لأن الطالب يقول: عليك أن تدفع ألفاً أخرى[4] كانت الأولى عن الحمالة أو الدين، وكذلك إذا كان موسراً في اليومين جميعاً: يوم الدفع واليوم على أحد قولي مالك أن له أن يأخذ أيهما أحب، وعلى قوله ألا يأخذه إلا بعد عسر الغريم لم

---

(١) قوله: (نصفها على الكفالة ونصفها على القرض) في (ت): (بعضها عن الكفالة وبعضها عن القرض)، وانظر: المدونة ٤/ ٩٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١٣٨.

(٣) قوله: (لأنه) زيادة من (ف).

(٤) قوله: (أخرى) ساقط من (ف).

يكن[١] القول قول الدافع أنه دفع عن الدين؛ لأنه يقول: دفعت عن شيء وجب علي ولم أتطوع بما لم يجب، فإن كان موسراً في اليوم الأول واليوم معسراً لم يفد اختلافهما أيضاً؛ لأن عليه أن يغرم عنه إلا أن يقول الكفيل: كنت جمعت بينك وبينه وهو موسر، فيحلف المكفول[٢] له ويبرأ، وإن كان معسراً في اليوم الأول واليوم موسراً صحَّ أن يكون لاختلافهما وجه؛ لأن الطالب يقول: كنت قبضت الكفالة بوجه جائز وأحب ولا أحب اليوم مطالبة الغريم، والكفيل يقول: أغرم[٣] حتى أيسر صاحبك فخذ منه، وبه يبتدأ على الصحيح من القول فيجب أن يقسم بينهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، وإن حلَّ الدين أولاً كان القول قول الدافع[٤] قولاً واحداً، وإن حلت الكفالة أولاً كان القول قول المكفول له عند محمد، وهذا[٥] إنما يصح على القول أن له أن يبتدئ بالحميل، وعلى القول أنه لا يبتدئ به فيكون القول قول الغريم؛ لأنه يقول: تطوعت بتعجيل ديني ولم أتطوع بما لم يجب عليَّ تعجيل دين[٦] غيري.

ويختلف إذا حلَّ الدينان ولم يبين وقت الدفع؛ فعلى القول أنهما غريمان يقسم، وعلى القول الآخر يحمل على أنها من الدين.

❋ ❋ ❋

(١) قوله: (لم يكن) في (ت): (ثم يكون).
(٢) في (ف): (المقول).
(٣) في (ت): (لم أغرم).
(٤) في (ت): (البائع).
(٥) في (ت): (ويبدأ).
(٦) قوله: (ديني ولم أتطوع بما لم يجب عليَّ تعجيل دين) في (ف): (دين).

باب
في موت الحميل أو المتحمل به

الحمالة بالوجه/ تسقط بموت الغريم، واختلف في سقوطها بموت (ف) ٢٩٨/ب
الحميل؛ فقال مالك وابن القاسم: لا تسقط(١)، وقال عبد الملك في كتاب محمد: تسقط(٢)، ورأى أن طلبه معلق بعين الحميل، وعلى القول الأول ذلك في ذمته إن شاء طلبه بنفسه أو بوكيل يوكله عليه(٣).

وكذلك الحمالة بالطلب تسقط بموت الغريم، واختلف في سقوطها بموت الحميل، وإن كان حميلاً بالمال لم تسقط بموت واحد منهما، وإذا كانت الحمالة بالوجه سقطت بموت الغريم إذا كان موته بالبلد قبل الأجل أو بعده.

واختلف إذا مات بغير البلد؛ فقال ابن القاسم في كتاب محمد: إذا بقي من الأجل ما لو تكلف الحميل طلبه لخرج، ورجع قبل حلول الأجل؛ سقطت عنه الكفالة، وإن كان لو طولب يخرج فلم يأت إلا بعد الأجل فهو ضامن. قال ابن القاسم: (٤) وإن كنت قلت لكم غير هذا فاطرحوه وخذوا بهذا(٥). وقال في كتاب عبد الملك(٦) بن حبيب: إذا بقي ما لو أقبل الغريم أتى عند محل الأجل فلا شيء عليه، وحمله على الوفاء وعلى أنه يأتي بنفسه من غير رسول، وفي القول الأول على اللدد وأنه لا يقدم إلا أن يخرج إليه من يحضره به(٧)، وهذا أحسن

(١) انظر: المدونة ٤/ ١٠٠.
(٢) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١١٢.
(٣) قوله: (عليه) زيادة من (ف).
(٤) قوله: (وإن كان لو طولب يخرج ... قال ابن القاسم) يقابله في (ت): (قال).
(٥) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١١١، وانظر: البيان والتحصيل ١١/ ٣٢٠.
(٦) قوله: (عبد الملك) زيادة من (ف).
(٧) قوله: (به) زيادة من (ف).

فيمن يعرف باللدد، وأما من كان يعرف بالوفاء فتراعى مسافة قدومه.

وقال أشهب في كتاب محمد: وتسقط الحمالة إذا مات قبل الأجل(١)، وهو ظاهر المدونة؛ لأنه قد تبين أن الغيبة لم تضره وأنه لو كان حاضراً لأتى الأجل وهو ميت وسقطت الحمالة.

فصل
[في موت حميل الوجه]

وإذا مات حميل الوجه بعد الأجل قيل لورثته: إن أحضرتم الغريم موسراً أو معسراً برئتم، وإن لم تحضروه أخذ من تركة ميتكم ما على الغريم إلا أن تثبتوا فقره.

وقال محمد(٢): إن مات قبل الأجل فأحضر الغريم أحد ورثته برئ الميت، وإلا لزمه ما يلزم من ضمان المال، والصواب ألا يبرأ الميت بإحضار الغريم قبل الأجل؛ لأن الطالب لم يتسلط له عليه حينئذٍ حق ولا ينتفع بإحضاره، ومن حقه أن يحضر له(٣) في الوقت الذي شرط، ويوقف من تركة الميت الآن بقدر الدين إلا أن يكون الورثة مأمونين فيوقف في ذمتهم، وأما إذا كانت الحمالة بالمال فمات الغريم قبل الأجل حل الدين وأخذ من تركته، وإن لم يوجد له شيء لم يغرم الحميل إلا بعد محل الأجل.

واختلف في حميل المال يموت قبل الأجل على ثلاثة أقسام؛ فقال مالك في المدونة: لصاحب الحق أن يأخذ ذلك من تركته الآن(٤).

قال في المبسوط: ولو خلف رباعاً وقال ورثته: هذا دينك في رباع الميت، لم

---

(١) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١١١.

(٢) قوله: (محمد) ساقط من (ف).

(٣) في (ت): (به).

(٤) انظر: المدونة ٤/ ١٠٠.

يكن ذلك لهم، وقال أيضاً: يوقف ذلك من ماله إلى الأجل فإن كان من ماله عند الغريم وفاء وإلا دفع ذلك إلى صاحب الحق.

وقال ابن نافع: إن كان ماله مأموناً واسعاً لم يكن على الورثة شيء حتى يحل الأجل، وإن لم يكن مأموناً وخيف عليه التلف قبل الأجل أخذ من ماله ودفع إلى صاحب الحق.

وقال عبد الملك بن الماجشون في كتاب محمد: يوقف من تركة الميت إلى محل الأجل[1]، مثل أحد أقوال مالك، وهذا الاختلاف راجع إلى الاختلاف المتقدم هل يبدأ بالحميل مع يسر الغريم؟ فعلى قولهم: إن ذلك له، يصح أن يؤخذ الدين من تركته معجلاً وهو كغريم ثانٍ[2]، وعلى قوله: ألا طلب عليه إلا عند عدم الغريم أو تعذر الأخذ منه، لا يتعجل ذلك من تركته؛ لأنه لم يثبت عليه دين فيحل بموته وإنما عليه حمالة أمرها مترقب هل يلزمه غرم أم لا؟

فإن كان المتحمل به موسراً كان المطلوب غيره وإن كان فقيراً فحينئذٍ يتوجه عليه الطلب، فإن كانت التركة مأمونة والورثة مأمونين سلّم ذلك إليهم، وإلا لم يسلّم ثم يرجع القول إذا لم يسلّم إلى الورثة هل تعجيله أفضل؛ لأن وقفه يترقب فيه الضياع أو وقفه والوقف أحسن؛ لأن الورثة يقولون التلف نادر ولم يتوجه القبض. وإن كان الدين عرضاً أو شيئاً مما يكال أو يوزن ويرجى صلاحه عند الأجل لم يتعجل، وإن مات الغريم والطالبُ وارثُهُ وخَلَّف وفاءً سقطت الحمالة وإلا غرم الحميل، وإن كانت حوالة بدين كانت للميت عليه[3] لم تسقط، مات الحميل موسراً أو معسراً.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ١١٦.

(٢) في (ت): (يأتي).

(٣) قوله: (عليه) زيادة من (ف).

باب
فيمن تحمل لرجلين فقضى الحميل أحدهما أو تحمل رجلان لرجل فقضى أحد الكفيلين

وإذا تحمل رجل لرجلين بدين وهما شريكان فيه، فقضى الكفيل أحدهما في غيبة الآخر، ثم قدم الغائب كان له أن يأخذ من الحميل نصيبه من الدين.

واختلف هل له أن يأخذ من شريكه نصف ما قبض؟ وقد تقدم ذلك في كتاب[1] الصلح.

وإن رفع الحاضر من الشريكين أمره إلى السلطان فكان الغريم معسراً والحميل موسراً لجميع الدين قضى للحاضر بنصيبه وترك نصيب الغائب بذمة الحميل، وإن كان الحميل موسراً بنصف دينهما أخذه السلطان فقضى لهذا بنصيبه ووقف نصيب الغائب على يد ثقة.

واختلف إذا لم يخرج نصيب الغائب ولم يوقفه؛ فأجاز ذلك ابن/ القاسم، (ف) ٢٩٩/أ
وقال غيره: للغائب إذا قدم أن يدخل على شريكه. وأرى إذا كان حال الحميل قبل سفر الغائب ويوم قدم[2] شريكه في الملاء سواء ولا يخشى تلف ما بقي في يده أن يبقى نصيب الغائب في ذمة الحميل حسب ما رضي به، وإن كان موسراً ثم انتقل حاله وخيف ذهاب ما في يده وقفه، ثم يختلف إذا لم يفعل هل يمضي للحاضر نصيبه؛ لأنه لم يقضه[3] أكثر من حقه وإنما أخطأ على الغائب أو يكون جميع القضاء فاسداً، وقد تقدم القول في مثل ذلك في كتاب المديان في قضاء

(١) قوله: (كتاب) زيادة من (ف).

(٢) في (ت): (قام).

(٣) في (ت): (يعطى).

الورثة بعض الغرماء وأكلوا الباقي هل يفسد جميع القضاء أم لا؟ فإن قضى السلطان الحاضر جميع ما في يد الحميل كان القضاء فاسداً قولاً واحداً؛ لأنهما شريكان، وقد كان من حقه أن يقسمه بينهما فلم يفعل.

فصل
[في تحمل رجلين لرجل]

وإن تحمل رجلان لرجل بدين فغاب الغريم وأخذ الحميلين فغرم الحاضر جميع الدين، ثم قدم الغريم والحميل موسرين(١) كان للحميل الحاضر أن يرجع على الغريم بنصف الحق؛ لأنه قضاه عنه وهو بالخيار في النصف الآخر بين أن يرجع على الحميل(٢) به؛ لأنه غريم غريمه أو يرجع على الحميل؛ لأن الحميل قضاه نصفاً عن نفسه ونصفاً عن صاحبه.

❋ ❋ ❋

(١) في (ف): (موسراً).

(٢) قوله: (على الحميل) في (ت): (عليه).

باب
فيمن قضى لرجل ما يدعيه والمدعي عليه ينكر أو قال: أنا كفيل بما يثبت لك على فلان، أو قال: داين فلاناً وأنا كفيل بما تداينه به

قال مالك فيمن ادعى قبل رجل مالاً فأنكره فقال أخو المدعى عليه: ما تصنع بأخي؟ أحلف أن حقك لحق وأنا ضامن له ثم بدا له، قال: يحلف ويضمنه.

قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: ولا أرى لهذا الغارم على أخيه شيئاً؛ لأن بساط الأمر تبدية أخيه عن مخاصمته وألا يحلف له والقول أن له أن يحلفه، وهل يغرم إذا نكل؟ فليس بموضع لهذا، ومن قال لرجل: ما دأب لك قبل فلان فأنا كفيل به، لزمه ذلك في الحياة.

واختلف إذا مات القائل ثم أثبت المدعي حقه؛ فقال ابن القاسم: ذلك في ماله، وله أن يرجع[1] عليه، وقيل: الحمالة ساقطة؛ لأنها بعد العقد تجري على أحكام الهبات إذا مات الواهب قبل القبض؛ لأن الحميل سلف الغريم عند عسره وسلفه هبة منافع، وسواء كانت الحمالة بسؤال من الغريم أو من الطالب، فإن كانت في أصل العقد تسقط بموت الحميل، وإن كانت بعد العقد فأعسر الغريم بعد الحمالة كانت كالحمالة في أصل العقد.

* * *

(١) قوله: (وله أن يرجع) زيادة من (ف).

فصل
[فيمن قال: داين فلاناً وأنا كفيل بما تداينه به]

ومن قال: داينْ فلاناً وأنا كفيل بما تداينه به، ثم رجع عن ذلك قبل المداينة -لم يكن ذلك له إذا سمى القدر الذي يداينه به.

ويختلف إذا أطلق ذلك ولم يسمه؛ فقال ابنُ القاسم في المدونة: له أن يرجع(١). وقد اختلف قول مالك في هذا الأصل إذا أكرى مشاهرة فقال مرة: لا يلزم ذلك؛ لأنه لا غاية له، وقال مرة: يلزمه كل(٢) شهر.

واختلف فيمن أعار أرضاً ولم يضرب أجلاً، هل تلزم العارية إلى مدة يرى أنه يعير إلى مثلها أو تكون غير لازمة؟ فعلى أحد القولين يلزمه من ذلك ما يرى أنه يقصده ويتداين لمثله هذان، فإن لم يرجع حتى داينه لزمه الضمان، فإن داينه أكثر من مداينة مثله(٣) وكانت مدة بعد مدة لزمه أولها وسقط ما هو فوق ما يداين به، وإن عامله بأكثر تعلق وأخذ فوق ما يعامل به مثله -سقط عن الكفيل المطالبة بجميع ذلك، فإن ثبتت المطالبة بالمداينة(٤) كان الجواب على ما تقدَّم.

واختلف إذا لم يعلم إلا بإقرار منه؛ فقال ابن القاسم في المدونة: إذا ثبت ما داينه به لزم(٥)، وقال في الدمياطية: إن أقر عند شهود ولم يروا المتاع جاز إلا أن

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٠٣.

(٢) في (ت): (كراء).

(٣) قوله: (هذان... مداينة مثله) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (فإن ثبتت المطالبة بالمداينة) في (ف): (ثبت المداينة).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ١٠٢.

يكون إقراره بعد أن أقيم عليه. يريد: بعد أن قام عليه الكفيل وقال: لا تداينه، وهذا أحسن إذا[1] قعد بزازاً وما العادة المداينة فيه بغير بينة.

ويختلف أيضاً إذا قال له: لا تداينه، فقال: قد كنت داينته، وقد مضت مدة يداينه في مثلها؛ لأن ذلك لا يعلم إلا من قوله؛ إلا أن يقوم دليل على كذبه.

❊ ❊ ❊

(١) قوله: (إذا) ساقط من (ف).

باب
في حمالة الجماعة

وإذا اشترى ستة نفر سلعة بستمائة درهم على أن بعضهم حميل عن بعض، فلقي البائع أحد الستة فأخذ منه جميع المال، ثم لقي الغارم أحد الخمسة أخذه بمائة وهي نصيبه من الدين وبقي أربعمائة على أربعة، فيقول: أنا وأنت حميلان بها فيأخذ منه نصفها، وإن لقي الثاني ثالثاً أخذه بخمسين وهي التي تنوبه عن نفسه وتبقى له مائة وخمسون عن ثلاثة نفر فيقول له: ساوني فيها فيأخذها بنصفها، فإن لقي الثالث رابعاً أخذه بخمسة وعشرين وهي التي تنوبه عن نفسه وتبقى له خمسون عن اثنين/ فيساويه فيها فيأخذ منه خمسة وعشرين، فإن (ف) ٢٩٩/ب
لقي الرابع خامساً أخذه باثني عشر ونصف وهي التي تنوبه عن نفسه وتبقى اثنا عشر ونصف عن السادس فيأخذ منه ستة وربعاً، فإن لقي الخامس السادس أخذه بستة وربع التي أدى عنه، فالسادس هاهنا يؤدي بالدين خاصة دون الحمالة، فإن لقي الأول هذا السادس أخذه بخمسين وهي التي تنوبه؛ لأن الباقي له[1] مائتان عن أربعة، وهذا أحدهم، ويبقى له مائة وخمسون عن ثلاثة يأخذه بنصفها، فإن لقي الأول الثاني لقيه[2] مرة أخرى بعد أن لقي السادس لم يأخذ أحدهما من صاحبه شيئاً؛ لأن الثاني أخذ من الثالث مثل ما أخذه الأول من السادس لا فضل بينهما، ولو لقيه قبل أن يلقى السادس لأخذ منه نصف ما أخذ من الثالث وهو اثنان وستون ونصف؛ لأن الثاني أخذ من الثالث مائة

(١) قوله: (له) زيادة من (ف).

(٢) قوله: (لقيه) ساقط من (ف).

وخمسة وعشرين، وهذا[١] كلما لقي أحدهم[٢] الآخر فإنه[٣] يأخذه بما أدى عنه في خاصته من أصل الدين وبما ينوبه من الحمالة إن كانوا حملاء ولم يشتروا، ثم ينظر إلى ما كان من الأداء بالحمالة عن أصحابهم فيرجع بعضهم على بعض بالفضل حتى يستووا.

وإن قال على أن كل اثنين حميلان بجميع المال، فلقي واحداً أخذه بمائة عن نفسه من الدين وبنصف الباقي.

وإن قال على أن كل ثلاثة أخذه بمائة وبثلثي[٤] الباقي فإن قال على أن كل أربعة أخذه بمائة وبربع الباقي ثم التراجع بين من غرم وبين من لم يغرم على حسب ما تقدم إذا كان أحدهم حميلاً عن الجماعة.

ولو كان الستة حملاء ولم يشتروا فقال على أن كل اثنين فلقي واحداً أخذه بثلاثمائة، وإن قال على أن كل ثلاثة أخذه بمائتين.

ويفترق الجواب أيضاً إذا قال على أن أحدهم حميل لجميع المال ولم يقل عن أصحابه، فإن كانوا مشترين كان قوله عن أصحابه وسكوته عن ذلك سواء؛ لأن الحمالة عن أصحابه، فإن لقي واحداً أخذه بجميع المال ثم إن لقي هذا الغارم أحد الخمسة أخذه بمائة ولم يأخذه عن أصحابه بشيء، وإن لم يكونوا مشترين فقال على أن أحدهم حميل بجميع المال كانت حمالة الواحد عن المشتري، فإن غرم جميع الستمائة لم يرجع عن أصحابه إلا أن يقول عن أصحابه.

---

(١) في (ت): (وهكذا).

(٢) في (ت): (أحدهما).

(٣) قوله: (فإنه) زيادة من (ف).

(٤) في (ت): (وبثلث).

وكذلك إذا قال: أنتم حملاء بهذا المال، فإن كانوا مشترين كان بعضهم حميلاً عن بعض وإن لم يكونوا مشترين كان كل واحد منهم حميلاً بماله[(١)] على المشتري حتى يقول وبعضهم حميل عن بعض. وإن قال: أنتم حملاء بهذا المال أخذ به من شئت كان له أن يأخذ أحدهم بجميعه ثم لا رجوع له على أصحابه.

قال مالك: لأن الشرط لصاحب الدين. وقال محمد: له أن يرجع على أصحابه إذا كانوا أربعة كل واحد منهم[(٢)] بربع الحق[(٣)]. والقول الأول أبين، ومحمل قوله أنه يأخذ من شاء منهم عن الغريم حتى يتبين أنه يأخذه بذلك عن أصحابه وإن قال وبعضهم حميل عن بعض كل لمن غرم أن يرجع على أصحابه قولاً واحداً، ويعود الجواب في صفة الرجوع إلى ما تقدم إلا أن يكونوا مشترين، فإن قوله عن أصحابه وسكوته عنهم سواء، فإن لقي الذي أخذ منه جميع المال أحد الخمسة الباقين أخذ منه مائة إلا أن يقول وبعضهم حميل عن بعض، ثم قوله أيكم شئت أخذت بحقي محتمل هل له الخيار مع وجود غريمه ويسره أو إذا توجه الطلب بالحمالة وحمله على توجه الطلب بالكفالة أحسن، وإن تحمل ثلاثة بوجه رجل فأتى به أحدهم برئ وحده، وإن كان بعضهم حميلاً عن بعض فأتى به أحدهم برئ جميعهم، وللطالب أن يأخذ بإحضاره أيهم شاء.

قال محمد بن عبد الحكم: فإن دفع المطلوب نفسه برئوا جميعاً، وإن قال: أنا أدفع نفسي عن واحد منهم وسماه برئوا جميعاً؛ لأنهم أشراك في الحمالة.

---

(١) في (ت): (بمائة).

(٢) قوله: (منهم) ساقط من (ف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٢٠.

باب
في الحمالة بالحميل

الحمالة بالحميل على ثلاثة أوجه؛ فإما أن يكونا حميلين بالمال أو بالوجه، أو أحدهما بالمال والآخر بالوجه، فإن كانا بالمال[1] فغاب الغريم أخذ الحميل الأول بالأداء عنه بعد محل الأجل، فإن وجد عديماً أخذ الثاني وإن غاب الحميل الأول كلف الثاني أن يحضر الغريم أو الحميل فأيهما أحضر موسراً برئ وإلا غرم، وإن غاب جميعهم ابتدئ بالقضاء من مال الغريم فإن لم يوجد له مال فالحميل الأول، فإن لم يوجد له مال فالحميل الآخر، وإن كانا حميلي وجه فغاب الغريم كلف الحميل الأول أن يحضره فإن أحضره برئ، وإن كان معسراً فإن عجز أغرم المال، فإن كان معسراً لم يغرم الحميل الثاني؛ لأنه حميل بوجه والذي تحمل به حاضر، وإن غاب الغريم والحميل الأول كلف الحميل الآخر أن يحضر أحدهما الغريم أو الحميل فأيهما أحضر برئ، وإن كان الذي أحضر معسراً وإلا غرم المال، فإن غاب جميعهم ووجد/ مال[2] الآخر أخذ إلا أن (ف) ٣٠٠/أ يثبت فقر الغريم أو الحميل فلا يؤخذ من مال الآخر شيء، وإن كان الأول حميل مال والثاني حميل وجه فغاب المديان غرم الحميل الأول ولا شيء على الثاني، وإن كان الحميل الأول فقيراً؛ لأن الآخر حميل وجه، وإن غاب الغريم والحميل فأحضر الحميل الآخر الغريم موسراً أو الحميل وإن كان معسراً وإلا غرم المال، وإن غاب جميعهم ووجد للآخر مال أخذ منه إلا أن يثبت عسر

---

(١) قوله (بالمال) غير واضحة في (ت).

(٢) قوله: (مال) زيادة من (ف).

الحميل الأول، وإن كان الأول حميل وجه والثاني حميل مال فغاب الغريم كلف الحميل الأول أن يحضره، فإن عجز غرم، فإن كان فقيراً غرم الحميل الآخر وإن غاب الغريم والحميل الأول فأحضر الحميل الآخر الغريم أو[1] الحميل برئ إلا أنه لا يبرأ بإحضاره الحميل[2] إلا أن يكون موسراً ويبرأ بإحضار الغريم وإن كان موسراً.

فصل
[من صور الحمالة بالحميل]

وإن كانت الحمالتان بالمال فمات الغريم أخذ من ماله، فإن لم يخلف شيئاً غرم الحميل الأول بعد محل الأجل، فإن لم يوجد له شيء غرم الحميل الثاني وإن مات الحميل الأول لم يؤخذ الآن من تركته شيء حتى يحل الأجل على الصحيح من المذهب ويبدأ بمال الغريم، وإن لم يوجد له شيء أخذ من تركة الحميل الأول، فإن لم يوجد له شيء غرم الحميل الآخر، وإن كانا حميلي وجه فمات الغريم سقطت الحمالتان، وإن مات الحميل الأول سقطت الحمالة عن الثاني. واختلف في سقوطها عن الميت وإن كانت الأولى بالمال والثانية بالوجه فمات الغريم ولم يخلف شيئاً غرم الأول، وإن لم يوجد له شيء لم يغرم الآخر لأنه حميل وجه، وإن مات الحميل الأول سقطت الحمالة عن الآخر وطولبت ذمة الميت إلا أن يكون الغريم موسراً، وإن مات الأخير لم تسقط الحمالة عنه على قول مالك وسقطت على قول عبد الملك، وإن كان الأول حميل وجه والثاني حميل مال

(١) في (ت): (و).

(٢) في (ت): (المال).

فمات الغريم سقطت الحمالة(١)، وإن مات الحميل الأول ثبتت الحمالتان على حالهما على قول مالك وابن القاسم وسقطتا على قول عبد الملك، وإن مات الآخر لم تسقط الحمالة عن واحد منهما.

❊ ❊ ❊

(١) في (ت): (الحمالتان).

باب
في تأخير الحميل أو الغريم

وإذا حلَّ الدَّين فأخر الطالب الغريم شهراً؛ كان تأخيراً للحميل عند ابن القاسم وليس بإسقاط للكفالة، ولم ير للكفيل عليه في ذلك يميناً.

وقال محمد: يحلف أنه لم يرد إسقاط الكفالة، وقال غيرهما: إذا أخر الغريم وهو موسر تأخيراً بيناً سقطت الكفالة، وإن كان معسراً لم تسقط الكفالة ولا حجة للكفيل في التأخير. والأول أصوب؛ لأن للطالب حقين على رجلين فلا يكون إسقاطه حقه عن أحدهما إسقاطاً للآخر، ويخير الكفيل[(١)] بين أن يمضي ذلك التأخير أو يرده؛ لأنه يقول: أخاف أن يفلس الغريم فيذهب ماله، فإن لم يقم حتى حلَّ الأجل كانت الكفالة على حالها، وإن لم يعلم الحميل بالتأخير حتى حل الأجل حلف الطالب أنه لم يؤخره لتسقط الحمالة ويكون على حقه فيها، وهذا هو قول ابن القاسم ويحمل قوله على أن ذمة الغريم يوم حل الأجل الأول والثاني سواء، ولو كان موسراً يوم حل الأجل الأول ثم أعسر الآن لم يكن له على الحميل شيء؛ لأنه فرط في حقه حتى تلف مال غريمه ولم يعلم الكفيل فيعد راضياً، قال ابن القاسم: وتأخير الكفيل تأخير للغريم إلا أن يحلف أنه لم يرد تأخيره، فإن نكل كان تأخيراً له[(٢)]. وأرى يمين الطالب هاهنا ضعيفة؛ لأن حقه الآن توجه على الغريم فهو يطلبه به وبه يبتدأ، فإن وجده عديماً وعاد الطالب على الحميل لزمه التأخير وقد يكون بينه وبين الحميل ما يوجب مراعاته والتأخير بما يجب له عليه أو يريد الرفق به لما كان يؤدي ذلك إلى خسارة أو شبيهاً بالخسارة، وقد ييسر غريمه أو يتمادى عدمه.

---

(١) قوله: (ويخير الكفيل) يقابله في (ت): (والكفيل بالخيار).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٠٨.

باب
في الحميل يقضي دون الحق
الذي تحمل به أو صنفاً غيره

وإذا تحمل بمائة دينار فدفع خمسين وأسقط الطالب خمسين لم يجز ذلك قبل الأجل؛ لأنه على أحد وجهين؛ إما أن يدفع خمسين ليرجع بمائة فهو سلف بزيادة أو ليرجع بالخمسين فهو من الطالب وضع على تعجيل، وإن كان ذلك بعد محل الأجل ليرجع[1] بالخمسين جاز، وإن كان ليرجع بالمائة لم يجز وهو سلف بزيادة إلا أن يكون الغريم معسراً أو يجبر الكفيل[2] على القضاء وقصد بذلك مكارمة الحميل؛ لأنها هبة من الطالب له وإن دفع دراهم قبل محل الأجل لم يجز إن دفعها عن نفسه فتكون له الدنانير وهو صرف مستأخر/ ، وإن (ف) ٣٠٠/ب
دفعها عن الغريم برضاه جاز على أحد القولين في براءة الذمم.

واختلف عن مالك إذا حلَّ الأجل فدفع دراهم عن الغريم، فمنع ذلك مرة ورآه صرفاً مستأخراً وغرراً وأجازه مرة؛ لأن المناجزة قد تمت فيما بينه وبين الطالب ولم يفسده خيار المطلوب؛ لأن القصد من الحميل بذلك مكارمة من تحمل عنه فأشبه القرض أنه يدفع مائة دينار ليعود إليه مثلها إلى سنة فجاز؛ لأنه معروف ولو لم يكن قصده المعروف لم يجز، وإن دفع الدراهم لتكون له الدنانير لم يجز؛ لأنه إذا لم يجبر على القضاء، وجاز إذا كان الغريم معسراً وجبر على القضاء عنه، ثم يختلف هل يرجع بالدنانير أو يكون الغريم بالخيار؟

وقد اختلف في مسألة المأمور، وقد تقدم ذلك في كتاب المديان، وأرى أن

---

(١) قوله: (ليرجع) يقابله في (ت): (ثم رجع).

(٢) في (ف): (الغريم).

له أن يرجع بالدنانير؛ لأن الصرف إنما كان عما وجب في الذمة وإن دفع طعاماً أو شيئاً مما يكال أو يوزن قبل الأجل وبعده فذلك سواء، وإن دفع ذلك عن الغريم لم يجز؛ لأنه تارة بيع وتارة سلف وأجازه مرة؛ لأن القصد المعروف وإن دفع ذلك ليكون له الدين جاز إذا كان الذي عليه الدين حاضراً مقراً يعرف ملاؤه من عدمه، وقد تقدم ذلك في كتاب السلم الثاني، وإن دفع عرضاً ليكون له الدين جاز على مثل ذلك إذا كان حاضراً مقراً يعلم ملاؤه من عدمه، فإن دفعه عن الذي عليه الدين جاز؛ لأنه معروف من الحميل وإن كان قيمة عرضه أقل من الدين.

ومن المدونة[1]: إذا تكفل رجلان عن رجل بألف درهم، ثم قال أحد الكفيلين لصاحبه: ادفع إليَّ مائة وأنا أدفع الألف كلها جاز إذا كان قد حلَّ الدين وصاحب الحق حاضر، فإن صالح بعد ذلك هذا الكفيل الذي له الدين على خمسين رد إلى صاحبه خمسة وسبعين، وإن صالحه على مائتين لم يرد على صاحبه شيئاً، وأرى أن الذي أخذ المائة أخذها يرجو مصالحة الغريم ولو كان قصده السلف حقيقة لفض نصف الحطيطة على جميع الخمسمائة فيرد ثمانين ويصير بها إلى الوقت لأنه رضي[2] بأن يصير إليه لو لم يحط عنه شيء، وبقية هذا الباب مذكور في كتاب السلم الثاني.

* * *

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٠٣.

(٢) قوله: (الوقت لأنه رضي) في (ف): (وقت رضي).

باب
في الحمالة الفاسدة

اختلف فيمن ابتاع سلعة على إن استحقت كان فلان كفيلاً بخلاصها؛ فقال مالك وابن القاسم: الكفالة ساقطة، وقال غيرهما[١]: هي لازمة[٢]؛ لأنه هو الذي أدخل المشتري في دفع ماله للثقة به فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم تستحق أو[٣] الثمن الذي أعطاه إذا كان البائع معسراً والأول أقيس؛ لأن تخليص السلعة ليس إليه وقد تحمل بما لا يقدر على الوفاء به والثمن أو القيمة لم تقع عليه حمالة والاستحسان قول الغير[٤] لتغليب أحد الضررين فتلزمه القيمة يوم الاستحقاق؛ لأنه القدر الذي كان يبذل فيها لو رضي المستحق بأخذ العوض أو الثمن إن كان أقل؛ لأنه هو الذي أتلف عليه بالحمالة، وهذا إذا كان المشتري والحميل يجهلان فساد ذلك.

فإن كانا يعلمان أو يعلم المشتري وحده لم يلزمه شيء؛ لأنه لم يغره، فإن علم ذلك الحميل وحده وجهل المشتري لزمه ذلك؛ لأنه غره، وهذا الجواب في لزوم الحمالة وسقوطها.

وأمَّا صحة البيع وفساده فإن لم يكن من البائع في ذلك شرط وإنما كان الشرط بين المشتري والحميل كان البيع جائزاً وإن كان الشرط من البائع قال له: إن استحقت خلصتها لك، فهذا كفيل بتخليصها كان البيع مختلفاً فيه هل

---

(١) في (ت): (غيره).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٣٠٣.

(٣) في (ت): (و).

(٤) في (ت): (المغيرة).

هو فاسد أو يصح بإسقاط الشرط ويفسد بتمسك المشتري به؟

وإذا كان البيع فاسداً وفسخ فوجد البائع فقيراً لم يكن على الحميل مطالبته؛ لأنه شرط إتباعه إن استحقت السلعة وهي لم تستحق بعد. وإن كانت تلك عادة من الموثقين أو كانت العادة أنهم لا يطلبون بمثل ذلك الشرط لم ينقض[(١)]. وإن أخذ البائع من المشتري كفيلاً بالثمن ليس بتخليص السلعة فوجد البيع فاسداً كان على الكفيل الأقل من القيمة أو الثمن، وهذه المسألة بخلاف الأولى؛ لأن الكفالة هاهنا وقعت بالثمن، فإن كان الثمن أقل غرمه؛ لأن الذي تحمله به[(٢)]، وإن كانت القيمة أقل لم يغرم سواها.

ولابن القاسم في كتاب محمد أن الحمالة ساقطة والأول أحسن إلا أن يكون الثمن عرضاً فرد القيمة عيناً فيكون بخلاف الجنس الذي تحمل به، ولو كان المبيع بيعاً فاسداً مما يرجع فيه إلى المثل وتحمل الحميل بالثمن وهو عين لجرت على ما تقدم في المسألة الأولى هل تسقط الحمالة أو تلزم على قول الغير؛ لأن مطالبته البائع بمثل المبيع ولم يتحمل به الحميل فسقطت على قول مالك وعلى/ قول غيره[(٣)] يكون على الحميل الأقل من الثمن أو المثل، وإن كان الثمن مؤجلاً لم يغرم حتى يحل الأجل. (ف) ٣٠١/أ

وقال عبد الملك بن الماجشون في المبسوط فيمن باع زيتاً بمائة دينار مؤجلة وأخذ بها حميلاً فوجد البيع فاسداً، فليس له على الحميل شيء[(٤)] حتى يحل الأجل فيغرم الثمن ويبتاع به زيتاً، فإن لم يوف أتبع المشتري بما بقي.

---

(١) في (ت): (يقض البيع).
(٢) في (ف): (لأنه الذي تحمل به).
(٣) في (ت): (الغير).
(٤) في (ت): (سبيل).

وقال أشهب في كتاب محمد فيمن أعطى ديناراً في دراهم إلى أجل وأخذ بها حميلاً؛ الحمالة ساقطة[١]. يريد: لأن الدراهم لا يصح الوفاء بها والدينار لم يتحمل به. وعلى قول عبد الملك: يلزمه الأقل من الدينار أو الدراهم.

فصل
[في الحمالة بجعل]

الحمالة بجعل فاسدة؛ لأنه يأخذ الجعل فإن كان المتحمل موسراً كان من أكل المال بالباطل، وإن كان معسراً فغرم الحميل كان رباً سلفاً بزيادة فقضاؤه عنه سلف والزيادة الجعل المتقدم، وهذا إذا كان الجعل يأخذه الحميل أو غيره.

واختلف إذا كان يصل الجعل أو منفعته إلى الغريم[٢] وكانت الحمالة بما يحل يؤخره به إلى أجلٍ وبما لا يحل ليأخذه إذا حلَّ الأجل المتحمل به، ولا يصل إلى الحميل منها شيء، فأجاز ذلك أشهب ومنعه ابن القاسم.

فإن كان الجعل تصل منفعته إلى الحميل رد الجعل قولاً واحداً، ويفترق الجواب في ثبوت الحمالة أو[٣] سقوطها، وفي صحة البيع وفساده وذلك على ثلاثة أوجه؛ فتارة تسقط الحمالة ويثبت البيع، وتارة تثبت الحمالة والبيع، والثالث مختلف فيه في الحمالة والبيع جميعاً، فإن كان الجعل من البائع جعل لرجل ديناراً ليتحمل له بما يبيع به سلعة من فلان كانت الحمالة ساقطة؛ لأن محملها معه محمل البيع لأنها حمالة بعوض، وإذا لم يصح للحميل العوض لم تلزمه الحمالة والبيع صحيح؛ لأن المشتري لا مدخل له فيما فعله البائع مع الحميل.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٢٦.
(٢) في (ت) إحالة في هامش المخطوط غير مقروءة.
(٣) في (ف): (و).

وإن كان الجعل من المشتري قال له: تحمل عني بما أشتري به هذه السلعة ولك دينار، والبائع غير عالم بما فعلاه كان البيع جائزاً والحمالة لازمة؛ لأنه غره حتى أخرج سلعته.

ويختلف إذا علم البائع؛ فقال ابن القاسم في كتاب محمد: إذا كان ذلك بعلم صاحب الحق سقطت الحمالة[(١)]. يريد: ويكون بالخيار في سلعته بين أن يجيز البيع فيها بغير حميل أو يردها. وقال محمد: الحمالة لازمة وإن علم، إذا لم يكن لصاحب الحق في ذلك سبب، ويختلف إذا جهلا تحريم ذلك فقال أصبغ في كتاب محمد: لا شيء على الحميل، وعلى قول محمد تلزم الحمالة إلا أن يكون له في ذلك سبب[(٢)].

ويختلف على هذا إذا باع سلعته من رجل على أن يزن عنه فلان الثمن بجعل جعله له المشتري؛ فعلى قول ابن القاسم: لا يجوز للبائع أن يطلب فلاناً بالثمن إذا كان عالماً؛ لأنه سلف بزيادة، وله أن يرجع في سلعته إذا لم يكن عند المشتري ما يزن عنه، وعلى قول محمد: يمضي البيع ويلزم فلاناً الثمن. والأول أحسن.

واختلف عن مالك فيمن كان له دين حال فأخره به إلى أجلٍ على أن يتحمل له رجل ويسقط الطالب بعض دينه؛ فقال مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم في كتاب محمد فيمن كان له دين على رجل فقال له رجل: ضعْ له من بعض دينك الذي لك[(٣)] عليه وأنا أتحمل لك بما بقي إلى أجل آخر: لا بأس به؛

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٢٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٢٦.

(٣) قوله: (الذي لك) زيادة من (ف).

لأنه قد كان له أن يأخذه بحقه حالًّا فتأخيره إياه بحميل سلف منه بحميل، قال: واختلفت فيه رواية أشهب عنه في الجواز والكراهية[١]. وقال مالك في العتبية: لا يصلح ذلك قال: وهو بمنزلة لو قال: أعطني عشرة دراهم من دينك وأنا حميل لك فتكون الحمالة على هذا القول حراماً. والأول أبين. وقال ابن القاسم في العتبية: إذا قال خذ هذه العشرة دنانير وأعطني بما لي عليك حميلاً أو رهناً فلا بأس به، وعلى أحد قولي[٢] مالك: لا يجوز، وإن قال: أنا أتحمل لك على أن تعطي فلاناً، لغير الحميل لم يجز، وقال أشهب في كتاب محمد فيمن له على رجل عشرة دنانير[٣] إلى أجل فقال له قبل الأجل: هل لك أن أحط عنك دينارين وتعطيني الثمانية[٤] رهناً أو حميلاً: فلا بأس به، وقال ابن القاسم: لا يجوز[٥].

قال الشيخ: وإنما منعه ابن القاسم؛ لأن الطالب إنما أخذ الحميل الآن خوف أن يعسر الغريم عند الأجل فيصير إلى أن ييسر فإذا أعطاه حميلاً إلى الأجل كان قد تعجل دينه قبل الوقت الذي كان يصير إليه لو لم يعطه حميلاً فيصير بمنزلة من وضع بعض دينه ليتعجله قبل الأجل.

* * *

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٢٧.
(٢) في (ت): (أقوال).
(٣) قوله: (الحميل لم يجز...رجل عشرة دنانير) في (ف): (الغريم ديناراً).
(٤) في (ت): (بالمائة).
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٢٩.

فصل
[في أن يستدين شخص ديناً إلى أجل ويعطي به حميلاً]

ومن كان عليه دين إلى أجلٍ فأعطى به حميلاً إلى ذلك الأجل جاز كان الدين عيناً أو عرضاً، ويفترق الجواب إذا أعطاه حميلاً ليتعجله قبل الأجل، فإن كان الدين عيناً أو عرضاً من قرض جاز، وإن كان من بيع[1] وكان قصد الغريم بتعجيله منفعة الطالب جاز، وإن أراد إسقاط الضمان عن نفسه لم يجز، وإن حلَّ الدين فأعطاه حميلاً على أن يؤخره نظر هل الغريم موسراً أو معسراً، أو موسراً[2] ببعض ذلك الحق؟ فإن كان موسراً لجميع[3] الحق كان التأخير والحمالة جائزة، وإن كان معسراً فأخَّره لأجل يرى/ أنه يوسر إليه ولا يوسر (ف) ٣٠١/ب
دونه أنه جائز.

واختلف إذا كان ييسر قبله فمنعها ابن القاسم وأجازها[4] أشهب، وإن كان موسراً بالبعض فأعطاه حميلاً بالقدر الذي هو به موسر ليؤخره به جاز، وإن كان بما هو به معسر ويقبض الآن ما هو به موسر جاز. وإن كان[5] ليؤخره بالجميع لم يجز؛ لأنه لم يوثقه بما هو به معسر لإمكان تأخيره بما هو به معسر، وذلك سلف جر منفعة.

وإن كانت الحمالة قبل الأجل ليؤخره بعد الأجل لم يجز؛ لأن الغريم لم

---

(١) قوله: (وإن كان من بيع) ساقط من (ف).
(٢) قوله: (أو معسراً، أو موسراً) في (ت): (وهو).
(٣) في (ف): (بجميع).
(٤) قوله: (قبله فمنعها ابن القاسم وأجازها) في (ت): (إلى مثله فمنعه ابن القاسم وأجازه).
(٥) قوله: (وإن كان) زيادة من (ف).

يوثقه من الدين قبل الأجل إلا بأن أسلفه وهو التأخير بعد الأجل، فإن نزل ذلك كانت الحمالة ساقطة إن أفلس الغريم في الأجل الأول.

واختلف إذا دخل في الأجل الثاني هل تلزمه الحمالة؟ ولا أرى أن تلزم إذا لم تتغير ذمة الغريم الآن عن الحال التي كانت عليه عند محل الأجل، وإن تغيرت بنقص كان على الحميل القدر الذي دخل على الطالب من النقص لمكان التأخير، وإن شرط أنه لا يكون حميلاً إن وقع فلس أو غيبة في الأجل الأول، وإنما يكون حميلاً إذا دخل في الأجل الثاني جرى على ما تقدم إذا كانت الحمالة بعد محل الأجل ليؤخره فينظر هل هو موسر أو معسر بجميع الحق أو ببعضه؟

وإن كان مكان الحميل رهناً جرى في الصحة والفساد على ما تقدم في الحميل إذا كان الرهن لغير الغريم كالذي يستعيره ليرهنه، فإن كان ملكاً له وأعطاه بعد الأجل ليؤخره به جاز؛ لأنه موسر به.

فصل
[فيما إذا شرط الحميل شرطاً]

وإن شرط الحميل أنه لا يؤدي إلا أن يموت هو أو يموت المكفول به جاز ولم يؤخذ بغير ما شرط؛ وعكسه إن قال: إن لم يحل الأجل ولم يتوجه قبلي طلب بالحمالة، أو إن لم أؤد حتى أموت فلا شيء عليَّ لأني أكره أن تطلب ورثتي بذلك أو حتى يموت المكفول به فلا أؤدي عنه؛ كان له شرطه، فإن كانت الحمالة عن قرض أو بعد عقد البيع كانت جائزة.

واختلف إذا كانت في أصل العقد هل يفسد البيع؟ قال ابن القاسم: إذا شرط إن مات منهما البائع أو الحميل كانت الحمالة ساقطة عني[1] كان بيعاً

(١) قوله: (عني) ساقط من (ف).

حراماً فإن فاتت السلعة ردت إلى القيمة والحمالة ساقطة مات منهما أحد أو لم يمت، وقال أصبغ: البيع جائز والشرط لا بأس به لأن الشرط ليس فيما بين البائع والمشتري، وقال محمد[1]: وأرى قول ابن القاسم إن كان وقع البيع بشريطة على ما قال فالبيع فاسد[2]. يريد: إذا لم يكن للمشتري في ذلك مدخل وإنما كان ذلك بين البائع والحميل فلا يفسد البيع، وأرى إن كان المشتري فقيراً أو يخشى عجزه عن الأداء أن يكون البيع فاسداً، وإن كان موسراً وكان الكفيل على معنى الاحتياط أن يكون جائزاً، فإن علق الحميل الأداء بموته وكانت الحمالة في أصل عقد البيع أو القرض كانت من رأس المال وإن كانت بعد العقد كانت من الثلث والكفالة إلى خروج العطاء، كذلك تجوز إذا كانت عن قرض أو بعد عقد البيع.

ويختلف إذا كانت في أصل عقد البيع والثمن إلى أجل معلوم، وإن كان أجل البيع والحمالة إلى خروج العطاء كان البيع فاسداً إذا لم يكن المشتري من أهل الديوان.

واختلف إذا كان من أهل الديوان أو ممن له عطاء فكرهه مالك مرة ثم قال فيه: مرفق[3] للناس[4]. يريد: لأن الغالب من الجند الحاجة ولهم ضرورة إلى الغيبة، وقد قال النبي ﷺ لأصحابه في سبي هوازن «**وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يَكُونَ عَلَى حَقِّهِ حَتَّى أُعْطِيَهُ مِنْ أَوَّلِ مَا يُفِيءُ اللهُ عَلَيْنَا**»[5].

---

(١) في (ف): (أبو محمد).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٣٠، ١٣١.

(٣) في (ت): (وفق).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٢١.

(٥) أخرجه البخاري: ٢/ ٨١٠، في باب: إذا وهب شيئا لوكيل أو شفيع قوم جاز، من كتاب الوكالة في صحيحه، برقم (٢١٨٤).

باب
في الدعوى في الكفالة

وقال ابن القاسم في ثلاثة نفر[١] اشتروا سلعة على أن للبائع يأخذ من شاء منهم بحقه، فمات أحد الثلاثة وأقام ورثته شاهداً أن الميت دفع الثمن كله: فإنهم يحلفون ويبرؤون ويرجعون على الشريكين الباقيين بما أدي عنهما، فإن نكل الورثة لم يحلف الشريكان؛ لأنهما يغرمان إلا أن يقولا: نحن أمرناه ووكلناه بالدفع عنا وعنه ودفعنا ذلك إليه؛ وإنما هو حق علينا والشاهد لنا فيحلفان ويبرآن[٢].

واعتبار المسألة من أربعة أوجه:

أحدها: هل مات الأول موسراً أو معسراً؟

والثاني: هل يشهد أن الدفع كان من مال الميت أو منه ومن شركائه؟

والثالث: إذا شهد أن الدفع كان من جميعهم هل صدقه الورثة؟

والرابع: هل حلف الورثة أو نكلوا؟ فإن كانت الشهادة أن القضاء من مال الميت وحلف الورثة سقط الدين وغرم الشريكان ما ينوبهما، ولا يمين على الورثة إن ادعى الشريكان أنهما دفعا ما ينوبهما إلا أن يرى أن عندهما[٣] من ذلك علماً، فإن نكل الورثة حلف البائع واستحق جميع الثمن/ ، فإن كان الميت (ف) ٣٠٢/أ موسراً والدين ثلاثون ديناراً أخذ من تركته عشرة ومن شريكه[٤] عشرون،

(١) قوله: (ثلاثة نفر) في (ت): (ثلاث).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١١٥.

(٣) في (ت): (عندهم).

(٤) في (ت): (شريكيه).

وإن كان الميت معسراً حلف البائع واستحق عشرين وحلف له الشريكان وسقط عنهما غرم العشرة التي تنوبهما بالحمالة ويبدأ بيمين البائع، فإن نكل سقط حقه واستغنى عن يمين الشريكين؛ لأن اليمين كانت في جنبة الورثة مع الشاهد، فلما نكلوا ونكل البائع لم ترجع اليمين، وإن حلف ونكل الشريكان غرما جميع الحق الثلث بالحمالة والثلثين من أصل الدين، فإن طرأ للميت مال وكان قد[1] حلف البائع والشريكان أخذت منه العشرة التي تنوبه لتقدم نكول الورثة عنها.

وإن قال الشاهد: كان الأداء من جميعهم، وصدقه الورثة وحلفوا سقط جميع الدين ولم يكن هناك تراجع، فإن نكل الورثة حلف البائع وأخذ جميع الثلاثين ديناراً من تركته على مذهب ابن القاسم؛ لأنه فرط إذا لم يدفع بشهادة شاهدين، وعلى مذهب عبد الملك يكون للشريكين أن يحلفا عند نكول الورثة وتسقط عنهما العشرون إن كان الميت موسراً أو الثلاثون إن كان معسراً؛ لأن نكول الورثة نكول عليهما.

فإن قال الورثة: لم يكن الدفع إلا من ماله، كان فيها قولان؛ فقيل: الشهادة ساقطة للورثة خاصة؛ لأنهم كذبوا شاهدهم وقيل: الشهادة صحيحة في الوجهين جميعاً لهم وعليهم، فعلى القول الأول يصير حكمهم حكم من نكل فيحلف البائع ويستحق الجميع من تركته إن كان موسراً، ويحلف الشريكان مع الشاهد أنهما دفعا إليه ويبرآن، وهذا على قول[2] ابن القاسم أنه فرط إذ لم يدفع بشاهدين، وعلى أصل عبد الملك يحلف الشريكان يمينين: يميناً

(١) قوله: (قد) زيادة من (ف).

(٢) في (ت): (أصل).

لقد دفعا ذلك إلى الميت، ويميناً لقد دفع الميت ذلك إلى البائع ويسقط عنهما جميع الثمن كان الميت موسراً أو معسراً، وعلى القول بصحة الشهادة للفريقين يكون للورثة أن يحلفوا مع شهادته، ويثبت القضاء ثم يرجع المقال فيما بينهم وبين الشريكين فيحلف الشريكان ويسقط ما ينوبهما، فإن نكلا حلف الورثة لقد وهم في شهادته لكما ورجعوا عليهما، ويصح إذا نكل الورثة عن اليمين للبائع[(١)] أن يحلفوا للشريكين وليس نكولهم عن اليمين للبائع نكولاً للشريكين؛ لأنهم لو حلفوا للبائع ثم نكل الشريكان كانت عليهم يمين أخرى لهما[(٢)].

فصل
[في دعوى الغريمين أيهما الدافع]

وقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن له على رجلين حق وفيه أيهما شاء أخذه بحقه، فقال الطالب بعد ذلك ما بقي لي[(٣)] عليهما شيء وقال كل واحد ممن كان الحق عليه: أنا كنت الدافع وقال القابض قبضته من أحدهما ـ قال: صاحب الحق شاهد يحلف مع شهادته. وقال محمد: إن كان قوله قبضته نسقاً بقوله ما بقي عليهما شيء قبل قوله وإن كان غير عدل. يريد: إذا تصادقا أنه لم يصل إلى الطالب إلا مائة واحدة؛ لأنهما كانا حاضرين للدفع أو لوجه غير ذلك، فإن كان قوله نسقاً صدق وإن كان غير عدل، ويحلف المقر له للمدعي ذلك[(٤)] أنه كان الدافع ويرجع على صاحبه بما ينوبه، فإن نكل عن اليمين

---

(١) قوله: (للبائع) زيادة من (ف).

(٢) في (ت): (لهم).

(٣) قوله: (لي) زيادة من (ف).

(٤) قوله: (ذلك) زيادة من (ف).

حلف الآخر أنه كان الدافع ورجع على المقر له بنصف ذلك الحق.

ويختلف إذا لم يكن نسقاً؛ فقال ابن القاسم: هو شاهد، وحمل قوله أن القضاء منهما جميعاً عند عدم استفهامه فيحلف المقر له مع شهادته إذا كان عدلاً ويرجع، فإن نكل حلف الآخر وكان هو الراجع على المقر له وإن لم يعدل حلف كل واحد منهما لصاحبه ولم يكن بينهما تراجع، وقد قيل في هذا الأصل أنه يقبل قوله؛ لأن قوله أولا ما بقي عليهما شيء محتمل أن يكون لأن القضاء كان من أحدهما أو منهما وهو كلام يحتاج إلى استفهام وأن يسأل ممن كان قبضه فإذا كان[1] ذلك لم يكن فرق بين أن يذكر ذلك نسقاً أو متراخياً.

وإن ادعى كل واحد منهما أنه دفع مائة بغير محضر صاحبه ولا علم عنده بما قبض من الآخر لم يكن شاهداً؛ لأنه مدعى عليه فمن أقر له أنه قبض منه برئ، ومن أنكر وحلف له ورجع من أقر له على من أنكره بما ينوبه، فإن نكل البائع حلف الآخر واسترجع منه المائة فكان نصفها له ونصفها لصاحبه، فمتى حلف البائع غرم المشتري خمسين وأخذها صاحبه، ومتى نكل وحلف المشتري غرم البائع مائة تكون بين المشترين نصفين، وهذا إذا كان قوله قبضت من هذا نسقاً، وإن لم يكن نسقاً.

فعلى قول ابن القاسم: يبرأ[2] كل واحد منهما مما[3] ينوبه وهو نصف الحق؛ لأنه الذي يوجب قوله أولا قبل قوله قبضت من هذا ثم يقال له احلف لمن أنكرته أنك لم تقبض منه شيئاً ويحلف لك أنه دفع إليك، ويسقط عنه ما

---

(١) قوله: (قبضه فإذا كان) زيادة من (ف).

(٢) في (ت): (يترك).

(٣) في (ت): (ما).

ينوبه ولا رجوع لمن أقر له على أحد وتكون مصيبة منه، وإن نكل البائع وحلف الآخر أنه دفع إليه غرم البائع مائة، وإن نكل وحلف المشتري غرم الناكل خمسين وقبضها المقر له/ . (ف) ٣٠٢/ب

* * *

باب
في كفالة المريض

وإذا تكفل المريض بمال في عقد البيع بغير أمر المشتري جاز، ولا يجوز بأمره على القول أنها تحل على الحميل بموته؛ لأنه لا يدري على أي ذلك باع على النقد أو إلى أجل، وإن كانت بعد العقد أو في قرض قبل العقد أو بعده جازت من ثلثه، فإن تداين بعد(1) ذلك بما يستغرق ذمته برئ بالدين وسقطت الحمالة، قال محمد: فإن صح لزمته من رأس المال(2). يريد: إن مات بعد ذلك وقبل الأداء ويحاص بها الغرماء. محمد: قال عبد الملك: وإن تحمل المريض عن وارثه لأجنبي أو عن أجنبي لوارثه فهو باطل كان المحمول له موسراً أو معسراً(3).

ومن تكفل في المرض ثم صح ورجع عنها وقال: كنت أردت بها الوصية لم يقبل قوله إذا كانت في(4) عقد البيع أو القرض.

ويختلف إذا كانت بعده ومن أقر في المرض أنه تحمل في الصحة لم يقبل قوله إذا كانت بعد عقد البيع أو القرض؛ لأنها معروف لصاحب الحق وتدخل فيها الوصايا؛ لأن الحمالة لها مرجع فأشبهت مرجع العمرى، وإن أقر أن ذلك كان في(5) عقد البيع أو القرض جاز؛ لأن المعروف في ذلك للمشتري وللمستقرض وليس بمعروف للبائع ولا للمقرض؛ كان إقراره كسائر الديون؛ لأنه أقرَّ بما أخرج به ملكاً عن ماله.

---

(١) قوله: (بعد) زيادة من (ف).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٤٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٤٩.

(٤) في (ت): (بعد).

(٥) في (ت): (بعد).

باب
في كفالة العبد والمكاتب، والكفالة بالكتابة، والكفالة عن العبد

اختلف في كفالة العبد المأذون له والمكاتب[(١)] فمنعها ابن القاسم وأجازها عبد الملك في كتاب محمد[(٢)]، وقال في المبسوط: هي من التجارة ومما يصلح وجهه ويفعله ليفعل معه مثله، وهذا أحسن فيما يرى أنه يراد به الاستيلاف، فإن كان المتكفل به موسراً جاز، وإن كثر وإن كان فقيراً لم يجز إلا فيما قلَّ، وإن أذن السيد جاز في العبد إذا لم يكن عليه دين، وإن كان على العبد دين بدي غرماؤه، ويجوز إذنه للمكاتب إذا كان لا يخشى عليه العجز لأجل الكفالة ليسارتها أو يسر المتحمل عنه، وإن كان يخشى عليه العجز[(٣)] جرت على القولين هل له أن يعجز نفسه إذا كان له مال ظاهر؟

فصل
[في الكفالة بالكتابة]

ولا تجوز الكفالة بالكتابة[(٤)] عند مالك[(٥)]؛ لأن القصد من الكفيل ما يناله من العتق وقد يعجز أو يموت قبل ذلك، ويجوز على أصل أشهب؛ لأنه أجاز أن يعطي رجل لسيده مالاً على أن يكاتبه وهو لا يدري هل يناله العتق أم لا؟

---

(١) قوله: (والمكاتب) ساقط من (ف)، وانظر: المدونة: ٤/ ١١١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٥٠.

(٣) قوله: (العجز) زيادة من (ف).

(٤) في (ت): (بالكفالة).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ١١١.

وكذلك إذا لم يكاتبه السيد إلا بالحمالة ولو كانت الكفالة(١) نجماً واحداً وقال الحميل: لك عليَّ أنه إن جئتني لانقضاء الأجل وعجز أديت عنه، لكان جائزاً قولاً واحداً. وكذلك إذا قال السيد: أنا أقف عليه كل نجم يعجز عنه إلى آخر النجوم، فإن حيي إلى آخرها غرم جميع ما عجز عنه وكان حراً، وإن مات قبل ذلك لم أتبعه بشيءٍ.

فصل
[في إجبار السيد عبده على الكفالة]

للسيد أن يجبر عبده على الكفالة إذا كان في يده مال بقدرها، واختلف إذا كان فقيراً وليس في يده مال يفي بها؛ فقال ابن القاسم: أنه لا يجبر(٢). وفي كتاب محمد: يجبر. وقال محمد بن عبد الحكم: لا يجبر؛ لأنه يقول أخاف أن(٣) أحبس في ذلك، وليس هذا من حقوق السيد عليَّ(٤).

قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: وإن أسقط المتكفل له مقاله في حبسه لم يكن للعبد أن يأبى؛ لأنه يقول: إن وجدت له شيئاً أخذته وإلا تركت، فإن أعتق العبد أتبع كالذي يقول: أنت حر على أن عليك مائة دينار وليس كالذي يقول: أنت حر وعليك مائة(٥)؛ لأنه في الحمالة أوجب عليه المال قبل العتق، وإذا قال: أنت حر وعليك أوجب عليه(٦) المال بعد العتق.

---

(١) في (ت): (الكتابة).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٠.

(٣) قوله: (أخاف أن) زيادة من (ف).

(٤) قوله: (عليَّ) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (مائة) زيادة من (ف).

(٦) قوله: (عليه) زيادة من (ف).

واختلف إذا فلس السيد هل يبتدئ الطالب بمال السيد ويباع له العبد؟ أو هل له أن يبتدئ بمال العبد؟ وهذا راجع إلى الاختلاف المتقدم هل للطالب أن يبتدئ بمال الحميل مع يسر الغريم؟ وإذا تكفل السيد عن عبده بدين إلى أجل ثم باعه قبل الأجل كان منتزع المال ولم يكن للسيد أن يقضي عنه حتى يحل الأجل.

❋ ❋ ❋

باب
في كفالة المراة الأيم البكر والثيب وذات الزوج

ويختلف في كفالة البكر التي لا أب لها ولم يتقدم عليها ولاء ولم تبلغ التعنيس على الاختلاف في أفعالها، فإن عنست جازت كفالتها وهباتها، وكفالة البكر وهباتها التي لها أب ولم تعنس على الرد.

واختلف عن مالك إذا عنست؛ فقال مرة: تجوز، ومرة لا تجوز[1]، وقال: إذا أجاز الأب جاز وإلا لم يجز. يريد: أن الأب أعلم بحالها فإن علم رشداً أجازه وإلا لم يجزه، وهذا كما قيل أن للوصي إذا علم من يتيمه رشداً أن يدفع إليه ماله من غير حاكم.

وقال ابن القاسم في حمالة الثيب: إنها جائزة وجعل محمل الثيب على
الجواز. يريد:/ إذا طال أمرها بعد الابتناء وإن كانت اليوم لا زوج لها. (ف) ٣٠٣/أ

وكذلك الثيب ذات الزوج إذا تكفلت بقدر ثلثها يجوز إذا طال أمرها ولم تقصد الضرر.

واختلف في خمسة مواضع: إذا قصدت الضرر وإن[2] تجاوز الثلث.

والثاني: إذا كان أكثر من الثلث هل يمضي قدر الثلث أو يرد الجميع.

والثالث: إذا كان المتحمل به موسراً هل يمضي جميعها وإن كانت أكثر من الثلث؟

والرابع: إذا تكفلت بكفالة بعد كفالة على قرب من الأولى.

والخامس: إذا كانت على بعد من الأولى فتكفلت ووهبت من بقية المال

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٢.

(٢) في (ت): (ولم).

الأول أو من فائدة.

والاختلاف في هذه الوجوه مذكور في كتاب الصدقة.

فأمَّا كفالتها بموسر إذا كانت بأكثر من الثلث فمنعه ابن القاسم(١) وأجازه ابن الماجشون وهو أثبت(٢)؛ لأن الغالب المسالمة وبقاء الأولى على اليسر وإن احتيج فإلى البعض مع أن لها مرجعاً، وإذا تكفلت بزوجها أو له ثم قالت: أكرهني، لم يقبل قولها. قال أشهب: فإن ثبت ذلك وتكفلت بزوجها لأجنبي(٣) لزمها إلا أن يعلم صاحب الحق وإن لم تقم بينة وقال: لم أعلم حلف إن كان متهماً بالعلم على ذلك مثل القريب الجوار وشبهه، فإن نكل حلفت أنه علم وبرئت، فإن كان ممن لا يمكنه علم ذلك لم يكن له(٤) عليه يمين، قال: وأمَّا كفالتها بغير زوجها لزوجها(٥) فإنه ينظر في ذلك، فإن كان ظاهر الإساءة إليها بالبينة العادلة وقلة ورعه فيها وقهره لها وتحامله عليها بما لا يحل، حلفت وكانت الحمالة موضوعة عنها فألزمها الكفالة للأجنبي، وإن ثبت الإكراه إذا لم يعلم ذلك المكفول له؛ لأنها غرته فقد كان عليها أن تعلمه إلا أن تكون كفالتها بعد عقد البيع ولم ينقص ماله عن يوم الحمالة لم تلزمها الكفالة له؛ لأنه المكره وهو عالم.

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا تكفلت ذات الزوج بوجه رجل على أن لا مال عليها كان لزوجها رد ذلك؛ لأنه يقول: تحبس وأمنع منها وأخرج إلى الخصومة وليس ذلك عليَّ(٦) وليس كالكفالة بالمال.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٤.

(٢) في (ف): (أشبه).

(٣) في (ت): (الأجنبي).

(٤) قوله: (له) زيادة من (ف).

(٥) قوله: (لزوجها) زيادة من (ف).

(٦) قوله: (وليس ذلك عليَّ) زيادة من (ف).

باب
في الحمالة بالإجارة المعيبة والمضمونة، ومن قضى عرضاً أو مكيلاً بماذا يرجع

الحمالةُ بالإجارة أو بثمنها على وجهين: فإن كانت الإجارة على عمل رجل بعينه خياطة أو حياكة أو على حمل بغير عينه، جازت الحمالة بالثمن إن مات هذا أو استحق الآخر ولم تجز بالعمل ولا بالحمل، وإن كانت الإجارة مضمونة جازت بالعمل ولم تجز بالثمن أن يرد إلى دافعه، وإن كان يستأجر به جاز، وإن فضل شيءٌ رد إلى الحميل، وإن عجز لم يكن عليه شيء، وإذا غرم الحميل وأراد الرجوع بالإجارة أو غيرها فإن اشترى ذلك لغريمه رجع بالثمن، وسواء كان المتحمل به عرضاً أو مكيلاً أو موزوناً[(١)]، وإن غرم ذلك من ذمته وكان مما يكال أو يوزن رجع بمثله.

واختلف إذا كان مما يقضى فيه بالقيمة؛ فقال ابن القاسم في كتاب محمد: يرجع بمثله كالأول، وقال في كتاب ابن حبيب: يرجع بقيمته[(٢)].

* * *

(١) قوله: (أو موزوناً) ساقط من (ف).
(٢) زاد في (ت): (تَمَّ كتابُ الحمالةِ بحمدِ اللهِ وعونِهِ).

كتاب الحوالة

النسخ المقابل عليها:

١ـ (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

٢ـ (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤ & ٢٤٣)

٣ـ (ق٩) = نسخة القرويين رقم (٣٦٩)

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد
وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب الحوالة

باب
في جواز الحوالة وما يمنع منها، وما لا[١] يمنع منها وما يبرئ الغريم[٢]

الأصل في الحوالة قول النبي ﷺ: «**مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتْبَعْ**»[٣]، وهذا على وجه الندب؛ إذ[٤] لا مضرة فيه على الطالب، وفيه منفعة للمطلوب، ولم يمنع وإن كان ديناً بدين؛ لأنه معروف ومكارمة من الطالب وقياس[٥] على العرايا؛ لأنها إنما[٦] أجيزت على وجه المعروف وفيها ثلاثة أوجه محرمة: الرطب باليابس، والجزاف بالمكيل، وطعام حاضر بغائب؛

(١) قوله: (لا) ساقط من (ق٩).

(٢) قوله: (في جواز الحوالة... وما يبرئ الغريم)ساقط من (ت).

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٩٩، في باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، من كتاب الحوالات، برقم (٢١٦٦)، ومسلم: ٢/ ١١٩٧، في باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، من كتاب المساقاة، برقم (١٥٦٤)، ومالك: ٢/ ٦٧٤، في باب جامع الدين والحول، من كتاب البيوع، برقم (١٣٥٤).

(٤) قوله: (إذ) يقابله في (ف): (أنه).

(٥) في (ت): (قياسا).

(٦) قوله: (لأنها إنما) ساقط من (ت) و(ق٩).

ولهذا[١] أجيز دينار بأوزن منه لما كان على وجه المعروف.

والحوالة تجوز بثلاثة شروط:

تجوز بما حلَّ على ما حلَّ وما لم يحلّ، ولا تجوز بما لم يحلّ على ما حلَّ، وما لم يحل[٢].

والثاني: أن يكون الدينان من جنس واحد، وسواء كانت دنانير أو دراهم أو مكيلاً أو موزوناً أو عروضاً، فإن اختلفا فكان أحدهما دنانير والآخر دراهم أو مكيلاً وعروضاً[٣] لم يجز ودخله المبايعة والدين بالدين.

والثالث: أن يكونا في الجودة والدناءة والقدر سواء، أو يكون المحال عليه أدنى أو أقل، فإن كان أجود أو أكثر لم يجز، فتضمن الحديث الجواز إذا حل الدينان؛ إذ لا مضرة على الطالب حينئذٍ، وأجاز/ ذلك مالك إذا حل المحال به (ف) ٣٠٣/ب
وإن لم يحل المحال عليه؛ لأنه أبين في كونه معروفاً من الطالب ومنعه إذا لم يحل دين الطالب[٤]؛ لأنها معاوضة لم يرضَ بالتحول[٥] إلا لمكان التعجيل، وكذلك إذا لم يحلا وكان دين المطلوب أولهما حلولاً، فإن تساويا في الأجل، أو كان دين الطالب أولهما حلولاً منع؛ حماية أن يكون الرضا من الطالب لما[٦] يتخوف من غريمه وألا[٧] يجد عنده عند أجله شيئاً، ويكون هذا أسرع في

(١) قوله: (لهذا) ساقط من (ق٩).

(٢) انظر: التفريع: ٢/ ٣١٨، والنوادر والزيادات: ١٠/ ١٥٦.

(٣) قوله: (عروضاً) ساقط من (ت).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٥٦.

(٥) في (ف): (بالتحويل).

(٦) في (ف): (لم).

(٧) في (ت): (إلا لم).

القضاء ويمنع إذا اختلف؛ لأنها مبايعة فدخلت في النهي عن الدَّين بالدَّين، فإن كانا جنساً واحداً، ودَيْن المطلوب أجود أو أكثر دخله الربا ودفع الشيء في أجود منه أو أكثر.

فصل
[في إجازة الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه]

وأجاز مالك الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه، وإن كان لا يدري أموسر هو أو معسر، وإذا كان المحال عليه موسراً ثم حدث عسر لم يرجع، فكذلك إذا كان متقدم العسر وهو عالم بعسره أو كان مشكوكاً عنده فيه، وإن كان ظاهرُه اليسرَ والمحيل عَالِمٌ بفقره كان للطالب أن يرجع على مَنْ أحاله(١). قال مالك: لأنه غرّه، ولم يجعل له رجوعاً إذا لم يغره(٢).

وأرى أن له أن يرجع؛ لأن ذلك عيب في الذمة، ومعلوم أن الطالب لو علم بعسره لم يقبل الحوالة، فالحوالة براءة للمحيل بشرطين أن يقول: أحيلك أو تحول بديْنك، وأن تكون الحوالة على ديْن فإن فلس المحال عليه بعد ذلك أو مات أو غاب لم يرجع المحال إلا أن يشترط المحال أنه يرجع فإن فلس أو مات فله شرطه، وهو قول المغيرة في العتبية(٣)، وإن قال: «المطلوب اقبض ديْنك من غريمي(٤) هذا» كانت وكالة وإن لم يقبض رجع.

قال ابن القاسم في العتبية: لأنه يقول: لم أحتل بشيء؛ وإنما أردت أن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٥٦، وانظر: المعونة على مذهب عالم المدينة ٢/ ١٩٩.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٦٠.

(٤) في (ف): (غريمه).

أكفيك مؤنة التقاضي[1].

وقال في كتاب المكاتب في الشريكين في الديْن فيحل نجم فيقول أحدهما: «بَدِّنِي[2] بهذا النجم وخذ أنت النجم الآخر» ثم يفلس الذي كان عليه الديْن -أن له أن يرجع على صاحبه؛ لأنه سلف ولم يجعله حولاً[3]؛ لأن قوله: «وخذ أنت[4] النجم الآخر» وكالة على القبض، ولو قال: «بَدِّني[5] بهذا النجم وأحيلك على النجم» لم يرجع الآخر[6].

وإن كانت الحوالة على غير دين افترق الجواب إذا كان ذلك من المحال عليه على وجه الهبة والحمل والسلف، ثم فلس المحال عليه أو مات، ولا يختلف أنه يبدأ بالمحال عليه كان ذلك على وجه الهبة أو السلف أنه يرجع به بعد الأجل إذا كان موسراً، فإن فلس وكان ذلك على وجه الهبة كان فيها قولان، فقيل: هي بالحوالة عليها كالمقبوضة فيضرب مع الغرماء، وما عجز لم يرجع به، وقيل: ليست كالمقبوضة فلا يضرب مع الغرماء، ويرجع على من أحاله وهذا مع علم المحال أنه أحيل على غير ديْن، فإن لم يعلم[7] كان له أن يرجع الآن ولا يطالبه؛ لأن ذلك عيبٌ في الحوالة للاختلاف في سقوطها عند الفلس إلا أن يعلم أن الواهب وهو المحال عليه مأمون الذمة[8] لا يخشى

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٣٣٨.

(٢) في (ف): (بدأني).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٤٦٣.

(٤) قوله: (أنت) ساقط من (ت).

(٥) في (ف): (بدأني).

(٦) قوله: (الآخر) ساقط من (ف).

(٧) في (ت): (يرجع).

(٨) قوله: (الذمة) ساقط من (ت).

فلسه، أو يرفع إلى حاكم فيحكم بالقول بوجوبها عند الفلس فيسقط العيب، وإن كان ذلك على وجه السلف، فلم يجد عنده شيئاً رجع قولاً واحداً.

قال مالك: إذا قال الرجل للطالب: حرِّق صحيفتك واطلبني، ففعل، ثم فلس القائل لذلك أو مات أن للطالب أن يرجع على غريمه، إنما هو رجل وعد رجلاً أن يسلفه ويقضي عنه، فلا يثبت له على صاحبه شيء[١] حتى يقضي عنه[٢].

فإن كان المحيل موسراً كان لمن له عليه الدَّين أن يرجع عليه ولا يدخل فيه[٣] معه غرماء المحال عليه؛ لأن صاحبَهم لم يصح منه سلف، وإن كان الأول معسراً، وأحب هذا أن يضرب مع غرماء المحال عليه، كان ذلك له على القول فيمن أحال على هبة؛ لأن هذا وهب منافع، وأحيل عليه فيها فإذا ضرب معهم ثم أيسر غريمه ببعض حقه رجعا جميعاً، فيرجع غريمه بما بقي له ويضرب غرماء المحال عليه بما قضى عنه من مال غريمه.

فإن كان دين المحال مائة وصار له بالحصاص من المحال[٤] عليه خمسون، وطرأ للمحيل خمسون ضربا فيها بالسواء؛ لأن الذي قضى خمسون والباقي له خمسون، فيأخذ الغريم الأول منها خمسة وعشرين ويأخذ غرماء الذي أقرض خمسة وعشرين، ثم ينظر إلى ما كان يضرب به المحال فيجده خمسة وسبعين، فينوبه من الضرب الأول ثلاثة وأربعون إلا سبعاً، والفاضل عنده سبعة وسبع

(١) قوله: (شيء) ساقط من (ت) و(ق٩).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٧.

(٣) قوله: (فيه) ساقط من (ت) و(ق٩).

(٤) قوله: (مائة وصار له بالحصاص من المحال) ساقط من (ف).

فتضاف إلى الخمسة وعشرين التي صارت لغريم المقرض، فجميع ذلك اثنان وثلاثون وسبع يقسمانها أسباعاً[(١)].

فصل
[في اختلاف المحال والمحيل بعد موت المحال عليه في الإحالة على مال أو غيره]

وقال محمد: إذا قال المحال بعد موت المحال عليه «أحلتني على غير مال» وقال المحيل: «على مال»[(٢)] فهو حول ثابت حتى يثبت أنها على غير مال[(٣)].

وقال ابن الماجشون في المبسوط: إذا قال المحال للمحيل: «كانت لي ديناً عليك»، وقال الآخر: «إنما أحلتك لتقبضها لي» فإن كان القابض ممن يشبه/ أن (ف) ٣٠٤/أ
يكون له قبل المحيل حق حلف وسقط قول المحيل، وإن لم يشبه فإنما هو وكيل ويحلف ما أدخله إلا وكيلاً[(٤)].

وأرى أنه حول حتى يقوم دليل على الوكالة، مثل أن يكون هذا ممن يتصرف لصاحب الدَّين أو يكون عادته التوكيل[(٥)] على التقاضي، وهذا ممن يتوكل في مثل ذلك أو يكون المحال ممن لا يشبه أن يملك مثل ذلك المال.

وقال ابن القاسم في العتبية: إذا قال المحيل[(٦)]: «أقرضتكها فاقضني»

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٥٦، ١٥٧.

(٢) قوله: (وقال المحيل على مال) ساقط من (ق٩).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٣٥.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٣٦، وعزاه للواضحة.

(٥) قوله: (مثل أن يكون هذا ممن... يكون عادته التوكيل) يقابله في (ت): (الوكيل).

(٦) في (ت): (المحال).

وقال الآخر: «كانت لي ديناً عليك وإحالتي إقرار منك بحقي» قال: فالمتقاضي غارم وهي سلف[1].

قال الشيخ ﷺ: المسألتان سواء بل هذه أحرى أن يقبل قول القابض؛ لأنه مقر أنه أحاله ليقبضها لنفسه وفي الأولى لم يقر أنه جعل له قبضها لنفسه.

وأرى أن ينظر هل بينهما ما يشبه أن يسلفه، أو ليس ذلك بينهما أو هل بينهما معاملة؟

فصل
[فيمن اكترى داراً على أن يحيله بثمنها على رجل لا دين له عليه]

قال ابن القاسم فيمن اكترى داراً بعشرة دنانير على أن يحيله بها[2] على رجل لا دَيْن له عليه، قال: هي حمالة ولا يرجع إلا أن يفلس المكتري أو يموت ولا يترك شيئاً[3].

قال الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنما تصح التبدية بالمكتري إذا كان ذلك[4] الشرط في الحوالة من المكري وقصد أن يتحمل له، فأما إن كان ذلك الشرط من المكتري[5] ليقضي عنه على وجه الهبة أو على وجه السلف ليرجع في زمن آخر لم يكن للمكري أن يبتدئ بالمكتري، وقد تقدم الجواب عن هذا، ولا يكون له

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٣٤١.

(٢) قوله: (على أن يحيله بها) ساقط من (ف).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٨.

(٤) قوله: (ذلك) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (وقصد أن يتحمل له، فأما إن كان ذلك الشرط من المكتري) ساقط من (ت).

مقال إذا لم يعلم أنه لا دَيْن له[١] عليه؛ لأن هذه هبة قارنت العقد فلا يسقطها[٢] فلس ولا موت، وهبة الرقاب والمنافع والسلف في ذلك سواء، ولو كانت الحوالة بعد عقد الكراء بالنقد جازت، وإن كانت إلى أجل لم تجز الحوالة بما لم يحل.

واختلف فيمن اكترى داراً بديْن له على رجل آخر، فأجاز ذلك مالك إذا شرع في السكنى[٣]، وأجازه في كتاب الآجال وإن لم يشرع[٤]. ومنعه في كتاب محمد وإن شرع في السكنى[٥]، فقال ابن القاسم: قال مالك فيمن استأجر أجيراً سنة بدين له على آخر لا خير فيه، وأخبرني بعض أصحابنا[٦] أن مالكاً أجازه فسألته عن ذلك فقال: لا خير فيه وقد مضى ذلك في كتاب الآجال[٧].

فصل
[فيمن باع عبداً بمائة دينار، وأحال بالثمن ثم استحق العبد]

وقال ابن القاسم فيمن باع عبداً بمائة دينار وأحال بالثمن ثم استحق العبد قال: فالمشتري يغرم ذلك الثمن للمحال عليه ويرجع به على البائع[٨].

(١) قوله: (له) ساقط من (ق٩).

(٢) قوله: (العقد فلا يسقطها) ساقط من (ف).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٨.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٧٠.

(٥) قوله: (السكنى) ساقط من (ف).

(٦) في (ن): (أصحابه).

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٨.

(٨) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٨.

وقال أشهب في كتاب محمد: لا شيء على المشتري ولو كان قبض الثمن منه لاسترجعه[١]، فأجاب ابن القاسم على أصله أن الحوالة بيع وأجاب أشهب[٢] على أصله أنها ليست ببيع، وإنما هو على وجه المعروف، ولو لم يحل بالثمن، ولكن باع ذلك الديْن أو كان ثمن العبد ثوباً، فباع ذلك الثوب، ثم استحق العبد قبل[٣] قبض الثوب من مشتري العبد[٤]؛ لكان مشتري الديْن أو الثوب أحق على القولين جميعاً، ولو أحال على ذلك الثوب رجلاً له عليه مثله ثم استحق العبد؛ لكان المحال[٥] أحق بالثوب على مذهب ابن القاسم، ويرجع مشتري العبد على بائعه منه بقيمة الثوب، وليس ذلك له على قول أشهب.

والجواب إذا وجد المشتري بالعبد عيباً، فرده قبل دفع الثمن للمحال عليه على ما تقدم إذا استحق العبد، وكذلك إذا وجد البيع فاسداً فإن المشتري يغرم على قول ابن القاسم المائة، ولا يغرم على قول أشهب إلا القيمة إن كانت أقل، وإن كان قائماً وفسخ لم يغرم على قوله شيئاً، وإن كان الثمن شيئاً مما يكال أو يوزن، أو يعود إلى القيمة غرم ذلك للمحال على قول ابن القاسم، ويرجع على البائع منه بالمثل فيما يكال أو بالقيمة إن كان مما لا يكال، وعلى قول أشهب يرجع بذلك على من قبض منه.

ولو تصدق بائع العبد بالثمن، ثم استحق العبد قبل دفع الثمن لم يكن

---

(١) قوله: (لاسترجعه) يقابله في (ت): (لا استرجعه).

(٢) قوله: (أشهب) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (قبل) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (مشتري العبد)في (ف): (المشتري).

(٥) قوله: (المحال) ساقط من (ق٩).

للمتصدق عليه قبض الثمن، واتفق على هذا ابن القاسم وأشهب؛ لأن الحوالة بالصدقة ليست ببيع(١)، وإن قبض ذلك المتصدق عليه وأفاته رجع المشتري على البائع منه. واختلف إذا كان قائماً بيد المتصدق عليه، فقال ابن القاسم في كتاب محمد: لمشتري العبد أن يأخذه.

وقال في العتبية: لا شيء فيه ويتبع البائع قال: وإنما دفعه إياه بمنزلة ما لو قبضه البائع ثم دفعه(٢).

وأرى إن كان(٣) البائع يوم وهب موسراً(٤) أن يكون له قبض الثمن، وإن كان الآن معسراً؛ لأن البائع تصرف في ذلك الثمن بوجه جائز، وإن كان يوم وهب معسراً لم يقبض منه وإن قبض منه استرده؛ لأنها هبة مِدْيَان، وقد كان المشتري حين الدفع غير(٥) قادر على الامتناع من القضاء بل هو مجبور على ذلك.

فصل
[في المكاتب يحيل سيده بالكتابة على مكاتبه]

وقال ابن القاسم في المكاتب يحيل سيده بالكتابة على مكاتبه: فإن أَبَتَّ عتق مكاتبه جاز ويكون له كتابة الأسفل إن أدى، أو رقبته إن عجز، وإن لم/ (ف) ٣٠٤/ب
يبِتّ عتقه فالحوالة باطلة(٦).

---

(١) في (ت): (بتبع).
(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٣٥٧.
(٣) قوله: (إن كان) ساقط من (ف).
(٤) نهاية (ق٩).
(٥) قوله: (غير) ساقط من (ف).
(٦) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٩.

قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: الحوالة جائزة والمكاتب حر؛ لأن هذه مبايعة اشترى كتابته من سيده بالمكاتب الآخر يقبضه السيد الأعلى من الآن، وإن قال له: «إنما يقضي ما عليه فإن عجز كانت الرقبة لي وأفيك الباقي علي من الكتابة» لم يكن حرّاً بنفس الحوالة؛ لأن له تعلقاً في الرجوع متى عجز الآخر.

ويختلف حينئذٍ هل صحيحة أو فاسدة؟ فعلى القول أنه يجوز للسيد أن يفسخ الكتابة في غير جنسها إلى ذلك الأجل أو أقرب أو أبعد، وإن لم يبت العتق يجوز هاهنا ما فعله المكاتب من إعطائه الكتابة الأخرى؛ لأن كل ذلك مال للمكاتب، ومَنْ منع تلك المسألة إلا بشرط العتق منع هاهنا إذا لم يبت العتق.

وإن أحال سيده على ديْن له على غريم كانت الحوالة على ثلاثة أوجه: فإن أحال بنجم حل؛ جاز وسقط ذلك النجم إن كان من أوسطها ويكون حرّاً إن كان أخذها بنفس الحوالة، وإن كانت الحوالة بها لم يحلَّ وذلك بجميع الكتابة، أو بأخذ نجم ولم يحل كانت فاسدة عند ابن القاسم والعبد في كتابته على حاله. قال: لأن مالكاً كره للسيد أن يبيع الكتابة من أجنبي بعرض أو بغيره إلى أجل، وإنما وسع هذا فيما بين السيد ومكاتبه، وأجاز ذلك غيره ويكون حرّاً مكانه، قال: لأن الكتابة ليست بدين ثابت، وهو بمنزلة من كان له على مكاتبه دنانير مؤجلة فعجل عتقه على دراهم مؤجلة أو حالّة فكأنه لم يكن له على مكاتبه شيء، وإنما صار عتيقاً بالذي أخذ منه[1]. وهذا أحسن؛ لأن الذي على الأجنبي مال لعبده، وهي معاملة فيما بينه وبين عبده، وليست كالتي استشهد بها ابن القاسم؛ لأنها معاملة بين الأجنبي والسيد إذا كانت الحوالة جائزة على

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٩.

ما قال غيره كان حرّاً بنفس الحوالة؛ لأنه أحال على ديْن ثابت، وإن أحاله بنجم من أوسطها ولم يحلَّ جرت على القولين المتقدمين إذا فسخ الكتابة في غيرها، ولم يعجل العتق.

كمُل كتاب الحوالة بحمد الله

كتاب الرهن

النسخ المقابل عليها:

١ـ (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

٢ـ (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤ & ٢٤٣)

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد
وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب الرهن

باب
في الرهن في السفر والحضر
وفي حوزه وصفة الحوز وعلى يد من يكون

الرهن في السفر جائز؛ لقول الله عز وجل: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وفي الحضر حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «اشْتَرَى رَسُولُ الله ﷺ طَعَاماً بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ فَرَهَنَ فِيهِ دِرْعَهُ وَهُوَ بِالمدينةِ». أخرجه البخاري ومسلم(١).

وأجمع أهل العلم على جوازه في السفر والحضر، إلا مجاهد فإنه منعه في الحضر(٢)، وإذا ثبت عن النبي ﷺ جوازه لم ينظر إلى من خالفه فيه.

والرهن جائز في(٣) أصل عقد البيع والقرض، وبعد ثبوت الدين وتقرره في الذمة.

---

(١) أخرجه بنحوه البخاري: ٧/ ٢٣٠، في بَاب شِرَاءِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنَّسِيئَةِ، من كتاب البيوع، برقم (١٩٢٦)، ومسلم: ٨/ ٣٠٥، في بَاب الرَّهْنِ وَجَوَازِهِ فِي الْحَضَرِ كَالسَّفَرِ، من كتاب المساقاة، برقم (٣٠٠٧).

(٢) انظر: عيون المجالس: ٤/ ١٦٠٥، الإشراف: ٢/ ٥٧٦.

(٣) قوله: (في) زيادة من (ف).

فصل
[الشرط في صحة الرهن]

الرهن يصح إذا رفع الراهن يده عنه وحازه المرتهن، أو جعل على يد عدل، وإن بقيت يد الراهن عليه مع القدرة على الحوز[1] حتى فلس الراهن أو مات ؛ بطل الرهن.

واختلف إن لم[2] يفرط المرتهن في القبض حتى فلس الراهن أو مات، فقيل: يبطل لعدم الحوز. وقيل: يصح ولا يبطل، إلا[3] أن يكونا قصدا إلى بقائه، وهو أحسن، وإن كان الرهن شرطاً في أصل البيع أو القرض؛ كان أبين[4] لأنه يجري في الجبر[5] على تسليمه[6] مجرى البياعات، وإذا كان بعد العقد كان في الجبر على حكم الهبات، وإن اختلفا فادعى أحدهما إلى كونه عند المرتهن، والآخر إلى أن يكون بيد عدل ؛ كان القول قول من دعا[7] إلى العدل وهو قول ابن القاسم في العتبية[8]. لأن المراد من الرهن التوثق به، وهذا يحصل بكونه على يد عدل، إلا أن تكون العادة تسليمه إلى المرتهن، وإن لم تكن

---

(١) في (ت): (حوزه).

(٢) قوله: (لم) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (ولا يبطل، إلا) يقابله في (ت): (وإنما تبطله التهمة).

(٤) قوله: (كان أبين) ساقط من (ف).

(٥) في (ت): (الخير).

(٦) في (ت): (تسلمه).

(٧) في (ف): (ادعى).

(٨) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٥٣.

عادة ؛ كان للراهن ألا[١] يسلمه إليه؛ لأنه يقول: لا آمنك عليه، وللمرتهن ألا يقبضه؛ لأنه يقول: عليَّ في قبضه مضرة، أضمنه إن كان ما يغاب عليه، أو أتكلف حفظه إن كان حيواناً.

وقال محمد بن عبد الحكم: إن اختلفا في العدل الذي يكون[٢] على يديه؛ جعله القاضي على يد عدل. وليس بالبَيِّنِ، وأرى أن يقدم قول الراهن إذا دعا[٣] إلى ثقة؛ لأنه ماله وهو أنظر لنفسه في حفظه ومن يثق به. وإذا خالفه المرتهن في ثقة أو في القيام بمثله - دفع[٤] إلى الحاكم، فإن كان على صفة من يوثق به[٥]، وإلا أوقفه الحاكم حيث يرى.

وإن كان المرتهن رجلين، قال ابن القاسم: يجعلانه حيث شاءا وأحدهما ضامن له. يريد: ويبقى تحت نظرهما ولا يخرجانه إلى يد ثالث، فإن فَعَلا ضَمِنَا، وإن جعلاه عند أحدهما والآخر ينظر فيه ويتفقده ولم يرفع[٦] يده عنه؛ جاز، فإن ضاع وكان مما يغاب عليه؛ ضمناه/ للراهن وكان من هو على يده في نصيب شريكه مؤتمناً. (ف) ٣٠٥/أ

وإن اختلف المرتهنان وربه، فقال ربه: يكون على يد هذا، وقال الآخران: بل[٧] تحت أيدينا، فإن كانت العادة كون الرهن عند المرتهن ؛ كان القول قول

---

(١) قوله: (ألا) يقابله في (ف): (إلا أن).

(٢) في (ت): (يوضع).

(٣) في (ف): (ادعى).

(٤) في (ت): (رفع).

(٥) قوله: (به) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (ولم يرفع) يقابله في (ت): (ولم ينظر برفع).

(٧) قوله: (الآخران: بل) يقابله في (ف): (الآخر).

من قال: تحت أيدينا، فإن لم تكن له عادة؛ جعله القاضي حيث يرى على قول ابن عبد الحكم.

وأرى أن يكون القول[1] قول المالك إذا ادعى إلى ما لا ضرر فيه على الآخر.

* * *

(١) قوله: (القول) ساقط من (ف).

باب
في رهن المشاع

وقال ابن القاسم فيمن ارتهن سدس دار أو حمَّام، أو نصف ثوب، أو نصف سيف: ذلك جائز، وحوزه أن يحوزه عن صاحبه[١].

قال الشيخ رحمه الله: رهن المشاع على ضربين[٢]؛ فإن كان الرهن شركة بين الراهن وغيره؛ صح حوزه إذا رفع الراهن يده عن نصيبه، ثم هما بالخيار بين ثلاثة: بين أن يكون ذلك النصيب على يد المرتهن، أو الشريك، أو على يد ثالث غيرهما، وسواء كان الرهن داراً أو عبداً أو دابة أو ثوباً، وهذا قول ابن القاسم، ووافقه أشهب فيما لا بيان به كالدار والحمام أنه يكون محوزاً وإن كان تحت يد المرتهن والشريك[٣].

واختلف فيما يبان به كالعبد والدابة والثوب، فرأى ابن القاسم أنه حوز وإن كان تحت أيديهما، ومنعه أشهب؛ وقال: لا يكون حوزاً إلا أن يكون على يد المرتهن أو على يد الشريك أو على يد غيرهما[٤]. والأول أحسن، ولو كان ذلك الثوب أو العبد عند الشريك ولم يجعل المرتهن يده معه عليه، ولا رضي الشريك أن يكون حائزاً للمرتهن؛ لم يكن محوزاً، وإن كان جميع الثوب أو الدار أو العبد للراهن، رهن نصف ذلك فرفع يده عن جميع الرهن؛ كان محوزاً.

واختلف إذا كانت يدهما عليه؛ هل يكون محوزاً؟ وكذلك إذا تصدق

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٣١.

(٢) في (ت): (وجهين).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٦٩، ١٧٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧٠.

بنصيب من دار أو عبد أو ثوب وكانت أيديهما على تلك الصدقة.

وقال ابن القاسم فيمن ارتهن نصيبه من دار واكترى نصيب شريكه أو أرهنه[(١)]: أرى رهنه فاسداً حين سكن إذا لم يقم المرتهن فيقاسمه هذا[(٢)]؛ لأنه صار ساكناً في نصف الدار، والدار غير مقسومة[(٣)].

قال الشيخ رحمه الله: لو حاز المرتهن ما لم يسكنه الراهن بغلق أو غيره؛ صح ارتهانه لنصف ما حاز، لأنه بقيمة ذلك المحوز على المشاع، وكذلك لو قاسم المرتهن الشريك البائع؛ لم يكن له مما صار إليه إلا نصفه.

وللمرتهن أن يمنع الراهن من السكنى حتى يقاسمه الرقاب، فما صار للراهن حازه المرتهن، وما صار للشريك سكنه الراهن، فإن كانت الدار لا تنقسم؛ منعه من السكنى، ويكرى جميعها ويكون الكراء للراهن؛ فيكون له نصفه باكترائه من الشريك ونصفه عن نصيبه؛ لأن الكراء غير داخل في الرهن.

وقال ابن القاسم في العتبية فيمن ارتهن داراً في دين له إلى أجل، ثم اكتراها المرتهن من رجل، ثم اكترى المكتري من الراهن، قال: إن كان من سبب صاحب الدار فالكراء لازم، وذلك فاسد لرهنه ما دامت في يده، وإن كان أجنبياً وصح ذلك؛ فذلك جائز[(٤)].

ومن ارتهن نصف ثوب فادعى ضياعه؛ ضمن نصفه وكان في نصفه مؤتمناً، بخلاف المثال في الصانع أنه يضمن في أحد القولين؛ لأنَّ الغالب في

(١) قوله: (أو أرهنه) زيادة من (ف).

(٢) قوله: (هذا) زيادة من (ف).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٣١.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ١٢٦.

الصانع عدم الأمانة والناس مضطرون إليهم، والمداينات على غير ذلك، وليس بالعامل ضرورة إلى غير أمين، وإن عامل غير مأمون فقد كان في مندوحة عنه إلى غيره.

فصل
[في حوز الرهن]

وإن كان الرهن يبان به كالثوب والعبد؛ لم يصح الحوز إلا بمعاينة البينة لقبض المرتهن أو العدل، وأما الأعدال والسفن والبوار إذا دخل على أن تبقى موضعها؛ يجزئ من ذلك الإقرار والتسليم، ويكون للمرتهن دواباً ورقيقاً أن يضع المرتهن يده عليهما، وكذلك الأرضون والشجر والبساتين فالإقرار بالتسليم من ذلك جائز، والمرتهن يمنع الراهن في المستقبل من التصرف فيه، وإن كان فيها للراهن عبيد أو دواب ؛ كان المرتهن أو وكيله ـ برضا الراهن ـ الناظر في ذلك، وسواء ارتهن الأصل أو الثمرة. وإن ارتهن رجل الأصل وآخر الثمرة؛ كان لمرتهن الثمرة أن يمنع الراهن من التصرف فيها، ولا يضره إن تصرف ببيع أو هبة.

ولمرتهن الأصل أن يمنع الراهن من التصرف في الثمار والرقاب، فأما مسكن الدار فلا يصح حوزه إلا بخروجه عنه وأن يخليه من شواغله، وإن لم يخله وحال المرتهن بينه وبين ما فيه؛ جاز، وكذلك إذا ارتهن تابوتاً دون ما فيه فحازه[1] عنه؛ جاز، وكذلك الحائط دون ثمرته وفيه رقيقه ودوابه، وإنما يفسد الرهن بتصرف الراهن فيه، وكما لو ارتهن نصف ثوب/ وحاز جميعه؛ لم يُفْسِد الرهن كون بعضه غير داخل في الرهن. (ف) ٣٠٥/ب

وكذلك كل ما كان مختزناً في بيت أو غيره، فإذا حال بينه وبين الرقاب وما

---

(١) في (ت): (فحاز).

فيها؛ صح، كان المرتهن الأصل وما[١] فيه، وإن كان الرهن حانوتاً أو ما له غلة ولم يكن ساكناً فيه في حال الرهن ؛ أجزأ الإشهاد على القبول، وإن كان في كراء بغير وجيبة؛ فحوزه أن يجمع بينه وبين المكري ويقدم إليه أن يكون قبض الكراء إلى المرتهن أو من يرضيان بإقامته لذلك.

واختلف إذا كان الكراء وجيبة وقد قبض المكتري الكراء أو لم يقبضه، هل يصح فيه حوز الكراء؟ وذكر ذلك في كتاب الصدقة، وإن كان طعاماً مخزوناً[٢] فسلم مفتاحه إليه أو إلى أمين؛ جاز.

فصل
[في صحة رهن الوديعة]

رهن الوديعة يصح بشرطين: أن يرهن جميعها، ويعلم بذلك المودع فيحوزها المرتهن. وإن لم يعلم أو علم وقال: لا أحوز مَالَكَ؛ لم يصح الرهن، إلا أن يكون المودع غائباً، أو يفلس الراهن قبل قدوم الغائب فيختلف فيه؛ لأنه لم يفرط.

واختلف إذا رهن بعض الوديعة ورضي المودع أن تكون يده لهما جميعاً، فقيل: ذلك جائز. وقال عبد الملك في المبسوط: لا[٣] يجوز.

واختلف في حوز الأب لولده[٤] الصغير إذا تصدق عليه ببعض دار فكانت يده عليه ولولده.

---

(١) في (ت): (أو ما).

(٢) في (ت): (مختزنا).

(٣) في (ف): (ليس).

(٤) في (ت): (لابنه).

باب
في الرهن يستحق

قال: ومن ارتهن ثياباً فاستحق نصفها؛ كان الباقي رهناً بجميع الحق، فإن ضاع وهو في يد المرتهن ؛ ضمن نصفه للراهن، فإن وضعه على يد المستحق أو غيره لم يضمن[١].

قال الشيخ رحمه الله: ولو كان الراهن غائباً، وقال المستحق: يكون على يدي أو على يد فلان؛ لم يكن للمرتهن ذلك دون نظر الحاكم، فإن وقفه على يد المستحق أو غيره فضاع؛ لم يضمن المرتهن، وإن ادعى المرتهن ضياعه قبل الاستحقاق وضمن نصيب الراهن.

واختلف في نصيب المستحق، فقال ابن القاسم: يضمنه[٢]. وقيل: يحلف لقد ضاع ولا شيء عليه.

وقال مالك، وإن قال المستحق: وأنا أبيع نصيبي[٣]، قيل للراهن والمرتهن: بِيعَا معه، وقيل للمرتهن: لا تسلم رهنك، فإذا بيع كان ثمنه رهناً في يده بجميع حقه[٤].

وقال أشهب في كتاب محمد: إن بيع بمثل الدين يعجل ذلك المرتهن في دينه[٥]. إذ لا منفعة للراهن في وقفه إلا أن يأتي الراهن[٦] برهن ثان[٧]، أو يقول:

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٢.
(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٢.
(٣) في (ت): (حصتي).
(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٢.
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧٠.
(٦) قوله: (الراهن) زيادة من (ف).
(٧) قوله: (ثان) زيادة من (ف).

أنا آتي[(١)] به في المستقبل، أو يكون الدين مخالفاً لما بيع به فلا يعجل.

فصل
[في استحقاق الرهن]

يراعى في استحقاق الرهن ثلاثٌ: هل هو مضمون أو معين؟ وهل استحق قبل القبض أو بعده؟ وهل غرمه الراهن أو لا؟

فإن كان غير معين فأتى الراهن برهن ورضي المرتهن ولم يقبضه حتى استحق؛ خُيِّرَ الراهن على أن يأتي بغيره.

واختلف إذا استحق قبل القبض، فقال سحنون: عليه أن يخلفه، وهو كموته. وقيل: لا يخلفه. والأول أصوب؛ لأن المرتهن رهن في الذمة، فإذا أعطاها لغيره بقي الرهن في الذمة على حاله، والغرور في المضمون وغيره سواء، فإن كان الرهن معيناً واستحق قبل القبض؛ كان فيه قولان، فقال ابن القاسم: البائع بالخيار في سلعته بين أن يضمنها بغير رهن، أو يردها إن كانت قائمة، أو يأخذ قيمتها إن كانت فائتة؛ سواء أطاع الراهن برهن آخر أم لا[(٢)].

وقال عبد الملك بن الماجشون: وإن أطاع برهن آخر خُيِّرَ على قبوله، وإن لم يطع كان بالخيار في سلعته.

وعلى قول مالك لا يكون له مقال في سلعته، ولا في قيمتها إن فاتت، ولا في رهن ولا في غيره؛ لأنه قال: إن تعدى الراهن على الرهن فباعه قبل القبض لم يكن للمرتهن مقال في رد[(٣)] بيع الرهن ولا في أخذ ثمنه ولا في سلعته ولا في

---

(١) قوله: (أنا آتي) يقابله في (ف): (آتني).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٩٩.

(٣) قوله: (رد) ساقط من (ف).

ثمنها(١). وإذا لم يكن له مقال إذا تعدى عليه بالبيع كان إذا استحق أبين، وإن استحق بعد القبض؛ لم يكن له مقال في ذلك إذا لم يغره، وإن غره كان الاستحقاق قبل القبض وبعده سواء.

واختلف في ذلك، فقال ابن القاسم: لا يجبر الراهن على خلفه ويكون مقال المرتهن في سلعته إما(٢) أن يضمنها أو يردها(٣).

وقال عبد الملك: يجبر على خلفه(٤).قال محمد: لا يخير فإن أخلفه أجبر الآخر على قبوله، وإن لم يخلفه عاد مقاله في سلعته(٥). وقال سحنون: يجبر على تعجيل الحق(٦).

وأرى أن استحقاقه قبل القبض وبعده سواء وإن لم يغره، فإن أخلفه أجبر(٧) البائع على قبوله؛ لأن الغرض من الرهن ثمنه، ولا فرق بين(٨) أن يأخذ ذلك من الأول أو من الثاني، وإن لم يرض بخلفه ؛ كان البائع(٩) بالخيار في سلعته بين أن يمضيها(١٠) بالثمن إلى أجل، أو يأخذها إن كانت قائمة، أو

---

(١) قوله: (ولا في ثمنها) ساقط من (ف). وانظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٣.

(٢) في (ت): (بين).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢١١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢١١.

(٥) من قوله: (قال محمد لا يخير...) ساقط من (ف).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢١٢.

(٧) قوله: (أخلفه أجبر) يقابله في (ف): (اختلفا خير).

(٨) قوله: (بين) ساقط من (ف).

(٩) قوله: (البائع) زيادة من (ف).

(١٠) في (ت): (يضمنها).

قيمتها إن كانت فائتة[١]، والاستحقاق قبل[٢] القبض بخلاف الموت؛ لأن الموت أمر طرأ بعد صحته والاستحقاق نقض له من أصله، وإن غره كان بالخيار بين أن يجبر على مثله أو لا يجبره ويعود مقاله في سلعته حسب ما تقدم.

واختلف فيما يفيت/ السلعة، فقيل: حوالة الأسواق، وهو المشهور من المذهب. (ف) ٣٠٦/أ

وقال محمد: لا يفيتها إلا العيوب المفسدة[٣]. ويلزم على هذا فيمن باع سلعته بسلعة ثم استحقت إحداهما لا يفيت الأخرى إلا العيوب، ولا يكون مقال المرتهن في الرهن[٤] أعلى رتبة ممن اشترى سلعة فاستحقت من يده.

❊ ❊ ❊

(١) قوله: (كانت فائتة) يقابله في (ت): (فاتت).

(٢) في (ت): (بعد).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢١٠.

(٤) قوله: (في الرهن) ساقط من (ف).

باب
في ضمان الرهن

الرهن على ضربين: مضمون، وغير مضمون.

فالمضمون: كل ما يغاب عليه وهو غير مستقل بنفسه ؛ كالبسط والثياب والسلاح وما أشبه ذلك.

وغير المضمون أربعة:

أحدها: أن يكون مما لا يغاب عليه ودخل على ألا يغيب عليه، وعلى أن يبقى في موضعه؛ كالثمار في رؤوس النخل والشجر والزرع القائم، أو ما كان في الجرين والأندر؛ لأن المرتهن يغيب عنه في الليل والنهار وهو موكل إلى أمانات الناس.

والثاني: ما يغاب عليه وهو مستقل بنفسه، وهو الحيوان على اختلاف أجناسه من: عبد وفرس وشاة وطير؛ فقوله مقبول أنه ذهب بنفسه مع إمكان أن يكون باع هذا أو ذبح الآخر(١) وأكله، ويلزم على القول في عارية الحيوان أنه يضمن الرهن إذا كان حيواناً.

وأرى: أن يضمن كل ما استخف ذبحه وأكله.

والثالث: ما يبان به ولا يغاب عليه؛ كالسفن ترتهن وهي على ساحل(٢) البحر، وكبيرها وصغيرها سواء، وكذلك ما كان من آلاتها من صَارٍ(٣) أو

---

(١) قوله: (أو ذبح الآخر) يقابله في (ف): (وذبح هذا).

(٢) قوله: (ساحل) ساقط من (ف).

(٣) الصَّارِي مفرد جمعه صواري، وهو دَقَل السَّفِينة الذي يُنْصب في وسطها قائما ويكون عليه الشّرَاع، وفي حديث ابن الزُّبير وبناء البيت [فأَمر بصَوارٍ فنُصِبَت حَولَ الكعبة]. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري: ٣/ ٤٨، حرف =

رجل[١] أو مرسى إذا دخل على أن يبقى في موضعه على الساحل أو غيره، كما يصدق في الطعام في الجرين، وكذلك أعدال الكتان في قاعات الفنادق.

وإن كان طعاماً وزيتاً مختزنا[٢] في دار للراهن[٣]، وكان مفتاحه بيده أو طبع عليه؛ كان في ضمان الراهن، وكذلك إن كان في دار غيره أو في مخزن في مثل هذه الفنادق؛ لم يضمنه وإن كان مفتاحه بيده، إلا أن يعلم أنه كان يتصرف إليه ويفتحه[٤] ؛ فإنه ينظر هل يشبه أن يكون أخذ مثل ذلك في تكرره إليه، وإن كان في مخزن المرتهن؛ لم يصدق في ضياعه.

والرابع: ما لا يبان به، وهو العقار على اختلاف أنواعه من: دار وحانوت وفندق وفرن وحمَّام وأرض عامرة أو غير عامرة؛ فهو مصدق إن نزل بشيء من ذلك فساد أنه من غير فعله، وإن تلف شيء من أبوابها أو أغلاقها وآلاتها؛ كان القول قوله أنه لم يجر في شيء من ذلك ويحلف[٥] إن كان ممن يتهم بمثل ذلك.

فصل
[في المسائل المختلف فيها]

واختلف في خمس مسائل:

- في سقوط الضمان إذا قامت البينة على تلف الثياب وإذا اشترط المرتهن أنه مصدق في تلفها، أو اشترط الراهن أنه غير مصدق في تلف الحيوان.

= الصاد، باب: الصاد مع الراء.

(١) في (ت): (رحل).

(٢) في (ف): (مختوماً).

(٣) في (ت): (الرهن).

(٤) قوله: (ويفتحه) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (يحلف) ساقط من (ف).

-وفي ضمان ما أصاب الرهن من سوس أو قرض فأرٍ أو حرق نار.

فقال مالك وابن القاسم: لا ضمان على المرتهن إذا قامت البينة على تلف الثياب(١). وإن اشترط أنه مصدق من غير بينة لم ينفعه شرطه. وخالف أشهب في الوجهين جميعاً(٢)، وأرى(٣) أن الضمان باق مع وجود البينة على التلف، ورواه عن مالك، وساقط بالشرط مع عدمها.

وأرى أن يسقط مع قيام البينة؛ لأن الرهن لم ينقل الملك، وهلاك كل ملك من مالكه إذا(٤) كان في يد الآخر بإذن مالكه، وليس بتعدٍّ وإن سقط الضمان مع الشرط؛ لأنه شرط صحيح لا فساد فيه فوجب الوفاء به، ولهذا إذا كان الرهن شرطاً في عقد البيع والقرض وإن كان بعد تقرر(٥) الدين في الذمة؛ كان له شرط على كل حال، لأن تطوعه بالرهن معروف منه(٦)، وإسقاط الضمان معروف ثان، فأشبه العارية إذا شرط ألا ضمان على المستعير، فاتفق ابن القاسم وأشهب ألا ضمان عليه؛ لأن العارية معروف وإسقاط الضمان معروف ثان.

وقال ابن القاسم: إذا شرط ضمان الحيوان؛ شرطه باطل(٧). ويجري فيها قول آخر أنه ضامن ؛ لأن الحيوان يختلف في ضمانه من غير شرط، فالشرط ها هنا أخذ بأحد القولين.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨٦.

(٣) في (ت): (ورأى).

(٤) في (ف): (وإذا).

(٥) في (ت): (بقدر).

(٦) في (ف): (عنه).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨٧.

وقال مالك في كتاب محمد في الساج[١] يرهن فيتآكل من السوس: لا ضمان عليه ويحلف ما أضعت ولا أردت فساداً، قال: وإن أضاعه[٢] ولم ينظر في شيء من أمره فيشبه أن يكون فيه شيء[٣].

وقال ابن وهب[٤] في الدمياطية: المرتهن ضامن، ورأى أن عليه أن ينفضه ويتفقده، وأن السوس لا يكون إلا مع الغفلة.

والقياس: أن لا شيء عليه؛ لأن مقتضى الارتهان حوزه عن صاحبه وثيقة في الدين، والنفض أمر زائد على وضع اليد، إلا أن تكون في ذلك عادة.

وأما الخشب وما أشبهها ؛ فإن الضمان من الراهن، لأن سوسه ليس من عدم التفقد.

وفي كتاب تضمين الصناع الكلام على قرض الفأر وحرق النار والحكم في ضمان الصانع والمرتهن في ذلك سواء[٥].

* * *

(١) في (ف): (السلاح).

(٢) في (ت): (أطاعه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨٩.

(٤) قوله: (ابن وهب) ساقط من (ف).

(٥) انظر: كتاب تضمين الصناع.

باب
في الراهن أو المرتهن يتعدى على الرهن فيبيعه قبل الأجل أو بعده

/ قال مالك فيمن ارتهن رهناً فباعه الراهن بعد حوزه بغير إذن[(١)] المرتهن؛ (ف) ٣٠٦/ب
لم يجز بيعه، فإن أجازه المرتهن؛ جاز وعجل له حقه ولم يكن للراهن أن يأبى[(٢)] من ذلك، وإن باعه بغير أمر[(٣)] المرتهن وقال: لم آذن في البيع ليأخذ الراهن الثمن؛ حلف على ذلك، فإن أتى الراهن برهن ثقة يشبه المبيع؛ أخذ الثمن، وإن لم يقدر على ذلك؛ وقف هذا الثمن إلى محل الأجل[(٤)].

قال الشيخ ﷺ: وإن بيع بغير أمره بمثل الثمن والدين عين؛ لم يرد البيع وعجل الدين، وكذلك إذا كان الدين عرضاً من قرض فرضي الراهن أن يشتري بثمنه ويعجله وفيه وفاء، وإن لم يوف بالدين وهو عين، أو كان فيه وفاء بالقرض ولم يرض الراهن بتعجيل الدين، أو كان الدين عرضاً من قرض ولم يجتمعا على تعجيل الدين؛ لم يجز البيع، وإن كان ذلك وقت نفاق ذلك الرهن أو موسم بيعه؛ لم يرد البيع وإن[(٥)] لم يوف بالدين؛ لأن المنع ضرر على الراهن من غير منفعة المرتهن، وإن بيع بأمره وكان ذلك وقت بقائه، وقال: آذنت له؛ فإنه يصدق. وإن لم يكن وقت بيعه، وقال الراهن: أردت أن أتصرف في ثمنه، فإن كان سلمه إليه ؛ كان رضًا بإسقاط رهنه، وإن بيع وهو في يده لم

---

(١) في (ت): (أمر).
(٢) في (ت): (يأتي).
(٣) قوله: (بغير أمر) يقابله في (ت): (بأمر).
(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٣.
(٥) قوله: (إن) ساقط من (ف).

يخرجه؛ صُدِّقَ المرتهن أنه لم يأذن في بيعه ليسلم الثمن إليه[١]، وهذا إذا بيع بعد الحوز.

واختلف إذا باعه قبل الحوز، فقال مالك: البيع ماض[٢]. وقال ابن القاسم: وليس عليه أن يعطيه رهناً غيره؛ لأنه إذا[٣] تركه حتى باعه فكأنه ترك الرهن[٤].

وقال مالك في كتاب محمد: يمضي البيع والثمن للراهن، ولا يعجل المرتهن منه حقه ولا يوضع له رهن مكانه، ولا ينقض ما بينهما من بيع أو سلف، وقد كان للمرتهن لو لم يبعه أن يقوم فيأخذه رهناً، وقاله ابن القاسم وأشهب[٥].

وفي كل هذا اختلاف: في نقض[٦] البيع، وفي تعجيل الدين، وفي إلزامه رهناً مكانه، وفي أخذ سلعته إن لم يصح الرهن.

فقال ابن القاسم في العتبية: إن كان الراهن موسراً أخذ منه ما عليه من

(١) قوله: (إليه) زيادة من (ف).
(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٣.
(٣) في (ف): (أراد).
(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٣.
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٣. ونصه: (من كتاب ابن المواز: قال: وإذا تعدى الراهن فباع الرهن قبل أن يقبضه المرتهن أو بعد فمختلف فأما بيعه قبل أن يحاز عنه فالبيع نافذ وإن قرب فات أو لم يفت، وإن لم يحل الحق فالتمر للراهن يأخذه ولا يعجل للمرتهن حقه ويوضع له رهن مكانه ولا ينقض ما بينهما من بيع أو سلف وقد كان للمرتهن لو لم يبع أن يقوم فيحوزه وهذا كله قول مالك وابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم عن مالك).
(٦) في (ت): (فص).

الدين وعجل للطالب حقه، وإن كان معسرا[١] لم ينقض البيع للراهن[٢].

وأرى أن يرد بيعه إذا كان الرهن شرطاً في أصل العقد[٣] أو القرض إن باعه مبادرة أو التراخي اليسير[٤] مما يرى أن المرتهن لم يسقط مقاله فيه، وإن فات مشتريه كان الثمن رهناً، وقد قال ابن القاسم فيمن وهب هبة ثم باعها وقد فرط الموهوب له في القبض: إن البيع ماض ويكون الثمن للموهوب له[٥]. فهو في هذا أبين، وإن أحب ألزمه رهناً آخر مكان الأول[٦].

وقد قال عبد الملك بن الماجشون فيمن غر[٧] من الراهن: أن يجبر على رهن آخر؛ فهو في التعدي على الرهن بعد صحته أبين، فإن لم يجد[٨] له شيئاً ؛ كان بالخيار في سلعته إن كانت قائمة بين أن يمضيها إلى الأجل أو يأخذها، وهو قول ابن القاسم وغيره في الاستحقاق، إذا استحق قبل الحوز فهو في التعدي على الرهن أحرى ألا يسقط حقه[٩] في سلعته، وإن تطوع بالرهن بعد العقد ثم باعه قبل القبض؛ لم يكن له مقال في نقض البيع في سلعته ولا في ثمنها، ويجري الجواب في نقض البيع في الرهن، وفي تعجيل ثمنه أو إلزامه رهناً آخر على ما تقدم، وهو بمنزلة من وهب هبة ثم باعها مبادرة بعد التراخي.

---

(١) من قوله: (أخذ منهما...معسراً) ساقط من (ف).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٧٩.

(٣) قوله: (أصل العقد) يقابله في (ت): (عقد البيع).

(٤) قوله: (اليسير) ساقط من (ف).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٣٨٩.

(٦) قوله: (الأول) ساقط من (ف).

(٧) في (ت): (عجز).

(٨) في (ت): (يجد).

(٩) في (ت): (قوله).

والجواب عن هبة الراهن وعتقه وتدبيره وكتابته وإيلاده يأتي فيما بعد إن شاء الله، وهذا الجواب إذا تعدَّى الراهن في البيع، وأما إن تعدى المرتهن وباع الرهن قبل الأجل؛ نقض بيعه ووقف على يد عدل غيره؛ لئلا يتعدى فيه مرة أخرى، فإن فات به مشتريه وقفت قيمته.

وقال مالك في المرتهن يوم التعدي[١] عليه: إلا أن يكون الثمن الذي باعه به أكثر فيوقف الثمن. وقال مالك في المرتهن يبيع الرهن أو يهبه: إن للراهن أن يأخذه حيث وجده ويدفع ما عليه فيه، ويتبع الذي اشتراه الذي غره[٢] منه بحقه[٣].

يريد: إذا بيع بعد الأجل فيدفع الراهن للمرتهن ما عليه، ويأخذ رهنه ويتبع المشتري المرتهن بالثمن.

وإن كان وهبه؛ دفع الدين للمرتهن وأخذه من الموهوب له، ولا شيء للموهوب له[٤] على الواهب، وإن غاب المرتهن واختلف الدين والثمن، فإن كان الدين أكثر؛ دفع إلى المشتري ثمنه ووقف السلطان الفضل، وإن كان الثمن أكثر؛ أخذ الدين وأتبع البيع بالفضل[٥]، وإن باعه بعرض أو مكيل أو موزون ثم غاب؛ فإن السلطان يقبض الدين من الراهن ويدفع إليه الرهن ويشتري من الدين مثل ما قبضه المشتري من المرتهن[٦]، فإن

(١) قوله: (وقال مالك في المرتهن يوم التعدي) يقابله في (ت): (يوم تعدى).

(٢) قوله: (اشتراه الذي غره) يقابله في (ت): (باعه وغر).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٤٩.

(٤) قوله: (له) زيادة من (ف).

(٥) من قوله: (وإن كان الثمن... البيع بالفضل) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (المشتري من المرتهن) يقابله في (ت): (المرتهن من المشتري).

فضل للغائب شيء وقفه له، وإن فضل عنده شيء أتبعه به، وإن كان[(١)] باعه بعرض دفع إليه قيمته.

وقال ابن القاسم في العتبية في المرتهن يبيع الرهن ولا يعلم له المرتهن ولا الراهن صفة ولا قيمة: إن المرتهن يحلف على ما باعه به ويجعل ما بيع به ثمنه[(٢)].

وقال عبد الملك بن الماجشون[(٣)] إذا فات كان عن المرتهن الأكثر من قيمته أو الثمن. وقاله أصبغ إذا كانت للمرتهن بينة على صفته يوم باعه، فإن لم تكن له[(٤)] بينة ؛ كانت عليه قيمته يوم باعه على صفته التي كان عليها يوم ارتهنه[(٥)]، إلا أن تكون[(٦)] صفته يوم باعه كانت أفضل من صفته يوم ارتهنه؛ فيكون عليه قيمة صفته يوم باعه/ ، إلا أن يكون الثمن أكثر، وهذا إذا كان الرهن مما يغاب عليه، وإن كان مما لا يغاب عليه ؛ كان عليه الأكثر من قيمة صفته يوم باعه أو الثمن الذي باعه به[(٧)]. (ف) ٣٠٧/أ

يريد: لأن الثياب مضمونة بنفس القبض فلا يُصَدَّقُ في نقص القيمة، كما لا يصدق في ذهاب بعضه، والحيوان غير مضمون فكان[(٨)] القول قوله إذا تعدى عليه هو على الصفة التي اعترف بها.

---

(١) قوله: (كان) ساقط من (ف).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٨١، والنوادر والزيادات: ١٠/ ١٨٨.

(٣) قوله: (ابن الماجشون) يقابله في (ت): (ابن حبيب).

(٤) في (ت): (عليه).

(٥) في (ت): (ارتهانه).

(٦) قوله: (تكون) زيادة من (ف).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٩٠.

(٨) في (ف): (وكذلك).

باب
في غلات الرهن

غلات الرهن على وجهين، فغلات الديار والعبيد والحيوان غير داخلة في الرهن، وكذلك الثمار حدثت بعد العقد أو كانت مأبورة، وما كان منها يتضمنه مطلق البيع يتضمنه مطلق الرهن، وكذلك الزرع إذا زرع بعد العقد فهو غلة، وإن كان بعد العقد وبرز لم يدخل في الرهن إلا بشرط، وإن كان فيه ولم يبرز دخل في الرهن إذا أقام بالبيع قبل بروزه.

ويختلف إذا برز قبل البيع هل يدخل في الرهن ويباع للمرتهن، أو يدخل الغرماء معه فيه؟

وقد[١] اختلف فيمن ارتهن[٢] أرضاً وفيها زرع لم يبرز ثم برز وحده ثم ظهر على عيب هل يكون غلة إذا تم، أو حتى يتعسل[٣]؟ والصوف الحادث بعد الرهن غلة إذا جز قبل بيع الرهن.

ويختلف إذا قام المرتهن بالبيع قبل جزازه هل تكون غلة إذا تم، أو حتى يتعسل، أو حتى يجز؟

ويختلف إذا كان الصوف قد تم بعد الرهن ثم جز، فقال ابن القاسم: هو داخل في الرهن[٤]، وعلى قول أشهب هو غلة. وولادة الأمة وغيرها من الحيوان إذا كان حملاً يوم الرهن فولد قبل البيع أو حملت به بعد الرهن؛ داخل في الرهن، وكذلك ولادة الشجرة.

---

(١) قوله: (قد) ساقط من (ف).

(٢) في (ت): (اشترى).

(٣) قوله: (حتى يتعسل) زيادة من (ف). وتعسل أي: يَبُسَ. انظر: منح الجليل: ٥/ ٢١٢.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٨.

باب
فيمن تكفل بكفالة وأعطى رهناً أو استعار ثوباً فرهنه أو ادعى ديناً فأخذ به رهناً

ومن تكفل بمال وأعطى به ثوباً رهناً فضاع عند المرتهن ضمنه، فإن كانت قيمته والدين سواء ؛ كان قصاصاً بالدين ويرجع الكفيل بذلك على الغريم، وإن كان فيه فضل عن الدين وكان رهنه بغير أمر الغريم ؛ أتبع بذلك الفضل المرتهن، وإن كان بأمره؛ كان بالخيار بين أن يتبع به الغريم(١)، وإذا كان بأمره صار الأمر كأنه للراهن وضمنه المرتهن للآمر، وإن كان مضموناً للآمر ضمنه الآمر لصاحبه؛ لأنه لا يصح أن يكون مضموناً له ولا يضمنه هو.

ومن استعار ثوباً ليرهنه فضاع عند المرتهن، وكانت قيمته يوم استعاره خمسة عشر ويوم سلمه للمرتهن عشرة، فإن تعدى في حقه ثم سلمه ضمن هو خمسة عشر(٢) ؛ لم يكن له على المرتهن إلا عشرة، وإن كان نزل السوق(٣) بقدر قبضه لم يكن عليه(٤) سوى عشرة، ولم يضمن للمستعير إلا ما ضمن له المرتهن، وإن كانت قيمته يوم قبضه عشرة فتعدى(٥) المرتهن عليه وقيمته خمسة عشر؛ ضمن المستعير عشرة، وأتبع المعير المرتهن بخمسة(٦).

---

(١) قوله: (يتبع به الغريم) يقابله في (ت): (يبيع به المرتهن والغريم).

(٢) من قوله: (ويوم سلمه...) ساقط من (ف).

(٣) في (ت): (سوقه).

(٤) قوله: (عليه) زيادة من (ف).

(٥) في (ف): (فتعرف).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٩٠، ونص النوادر: (ومن استعار ثوبا ليرهنه بعشرة دنانير فرهنه بها فضاع فليضمنه المرتهن للراهن ويضمنه الراهن لصاحبه).

وقال ابن القاسم فيمن ادعى على رجل بألف درهم فأنكره وأخذ بها رهناً فضاع عنده ثم قال كنت أقتضيه ولم أعلم: إنه ضامن لقيمة الرهن[١] .

قال الشيخ ﷺ: أما[٢] إن لم يعلم الضياع إلا من قوله ؛ فهو ضامن، وإن قامت له بينة على هلاكه من غير سبب له فيه، أو كان حيواناً فمات؛ لم يكن عليه شيء، وكذلك كل ما كان يصيبه لو كان يصيبه بيد صاحبه، وأما كل[٣] ما أصابه بسبب انتقاله إلى يده فهو ضامن؛ لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، وإن اعترف أنه كان عالماً بقضاء دينه أو شهدت عليه بينة لذلك ؛ كان[٤] غاصباً وأجرى فيه أحكام الغاصب.

❊ ❊ ❊

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٧.

(٢) قوله: (أما) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (كل) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (كان) ساقط من (ف).

باب
الحكم فيمن إليه بيع الرهن وإذا باعه المرتهن أو العدل بغير أمر السلطان

وإذا حل أجل الدين لم يكن للمرتهن أن يبيع بغير إذن الراهن، فإن لدَّ عن البيع أو كان غائباً فالسلطان(١)، فإن لم يكن سلطان أو كان تناوله(٢) شاقاً فأرى بيعه جائزاً إذا كان بيعاً صحيحاً، وبعد أجل فيهما هو(٣) بينه وبين الراهن، قال: فإن كان الرهن مما يسرع إليه الفساد مقثأة(٤) أو قضباً(٥) ؛ باعها من غير سلطان ولا يطالع ربها، لأن حبسها فساد.

فصل
[في المرتهن يشترط أن يبيع الرهن من غير مؤامرة صاحبه أو العدل]

وإن شرط إليه(٦) المرتهن أن له أن يبيع الرهن من غير مؤامرة صاحبه، أو

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٣ و١٣٤.

(٢) بعدها في (ت): (بعيدا لجماعة... بحضرتهم ولا شهادة ولما بلغ ثمنه ويبعد بيعه. وقال أشهب في كتاب محمد: ... السلطان أو كان تناوله).

(٣) قوله: (فيهما هو) ساقط من (ف).

(٤) القثاء: هو الخيار. انظر: لسان العرب: ١/ ١٢٨.

(٥) القَضْبُ: هو الرَّطْبَةُ، وهو ما أُكِلَ من النبات الْمُقْتَضَبِ غَضّاً أو طريا، وأَهل مكة يُسَمون القَتَّ قَضْبا، . انظر: لسان العرب: ١/ ٦٧٨. وفي الحديث أَنَّ امرَأَةً قالت: يا رسولَ اللهّ إِنَّا كَلٌّ على آبائِنَا وأَبْنائِنَا فما يَحِلُّ لَنا منْ أَمْواهِم؟ فقال: «الرَّطْبُ تَأْكُلْنَه وتُهْدِينَه»؛ أَراد مَا لا يُدَّخَر ولا يَبْقَى كالفواكهِ والبُقول وإِنما خَصَّ الرَّطْبَ لأَنَّ خَطْبَه أَيْسَر والفسادَ إِليه أَسرَعُ فإِذا تُرِكَ ولم يُؤْكَلْ هَلَك ورُمِيَ بخلافِ اليابس انظر: لسان العرب: ١/ ٤١٩.

(٦) قوله: (إليه) ساقط من (ف).

العدل إذا كان على يد عدل؛ جاز إذا كان الرهن بعد عقد البيع؛ لأن كل ذلك معروف من الراهن والإذن في بيعه.

واختلف إذا كان ذلك شرطاً في أهل العقد، فقال مالك: لا يباع إلا بإذن السلطان، كان الرهن على يد المرتهن أو على يد عدل[1]، فإن بيع بعد البيع لم يرد ولم يفرق بين عظيم البيع في ذلك ولا حقيره.

وقال في كتاب محمد: إن كان من الأشياء التي لها بال مثل الدور والأرضين والحيوان؛ فإنه يرد ما لم يفت، فإن فات مضى[2].

وقال ابن القاسم في العتبية: أحب قوله أن يمضي إذا أصاب وجه البيع وإن كان له بال؛ لأنه بيع بإذن صاحبه وضمنه مشتريه[3]، ويلزمه على قولهما أن يكون للراهن أن يغر لهما المرتهن والعدل.

/ وقال إسماعيل القاضي، وأبو الحسن بن القصار، وأبو محمد عبد الوهاب: يجوز للراهن أن يجعل للمرتهن أن يبيع الرهن، وليس له أن يفسخ وكالته ولا يعزله[4] من بيعه[5] وهو أقيس؛ لأن في ذلك حقاً للطالب جعل إن كان حاضراً فله أن لا يتكلف مطالعة السلطان، وإن غاب ألا يتكلف إثباتاً، وقول مالك ألا يفعل، فإن فعل مضى، وهذا دليل على ذلك عنده على وجه الاستحسان. (ف) ٣٠٧/ب

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ١٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢١٧.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ١٦. والنوادر والزيادات: ١٠/ ٢١٧.

(٤) في (ف): (يغر له).

(٥) انظر: عيون المجالس: ٤/ ١٨١٦ - ١٨٢٠.

فصل
[في الرهن يوقف على يد عدل]

وقال ابن القاسم في الرهن يوقف على يد عدل: فإن تعدى العدل بدفعه إلى الراهن فضاع ضمنه للمرتهن، فإن دفعه للمرتهن ضمنه للراهن، وإن كان كفافاً بالدين سقط عن[1] المرتهن، وإن كان في الرهن فضل غرمه العدل[2]؛ لأن الراهن لم يرض أن يكون رهنه عند المرتهن، وهذا إذا سلمه المرتهن[3] بعد الأجل أو قبله ولم يعلم بذلك حتى حل الأجل، فأما إن علم بذلك قبل الأجل؛ كان له أن يغرم قيمة أيهما شاء، لأنهما متعديان عليه، هذا متعد في دفعه، وهذا متعد في أخذه، وتوقف[4] القيمة على يد عدل غير الأول خيفة أن يتعدى عليه ثانية، وللراهن أن يأتي برهن مكان الأول ليأخذ[5] القيمة، وإن ابتدأ بالعدل لم يكن للعدل أن يرجع على المرتهن بشيء[6]؛ لأنه سلطه عليه، وهذا إذا قامت على ضياعه بينة.

ويختلف إذا لم تكن بينة هل للعدل أن يغرم قيمته للمرتهن[7] إلا أن يكون قصاصاً؛ لأنَّ العدل يغرم بالتعدي حقيقة والمرتهن يغرم له من باب التهمة ويمكن أن يكون صدق، ولا خلاف في المرتهن إذا غرم بالتعدي أنه تؤخذ منه

(١) في (ت): (حق).
(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٩.
(٣) قوله: (سلمه المرتهن) يقابله في (ت): (أسلمه إلى المرتهن).
(٤) في (ت): (ويوقف).
(٥) في (ت): (ويأخذ).
(٦) قوله: (بشيء) زيادة من (ف).
(٧) قوله: (قيمته للمرتهن) يقابله في (ت): (المرتهن قيمته).

القيمة الآن قبل الأجل.

واختلف إذا غرم بالتهمة هل تؤخذ منه القيمة، أو يكون قصاصاً بالدين؟فإن أسلمه العدل إلى الراهن ؛ كان للمرتهن أن ينتزعه ويكون على يد عدل.

واختلف إذا لم ينزعه حتى فلس الراهن، فقال ابن القاسم في العتبية: هو أحق به[(١)]، وقال محمد: يكون أسوة[(٢)]، ثم لا يخلو الرهن من أن يكون قائم العين، أو غير موجود وقد صون الراهن به ماله أو لم يصنه، فإن كان موجوداً وقيمته عشرة وفي يده خمسة وعليه عشرون، للمرتهن عشرة ولآخر عشرة؛ اقتسما جميع ذلك، فيأخذ المرتهن سبعة ونصف ويرجع على العدل بتمام دينه، وإن كانت قيمة الرهن خمسة وفي يده عشرة؛ أخذ نصف جميع ذلك سبعة ونصف، يرجع على العدل بخمسة أسداس دينار؛ لأنه لو لم يسلم الرهن لأخذ المرتهن خمسة وهي قيمة الرهن وتبقى له خمسة وللآخر عشرة وفي يد الغريم عشرة فيقتسمانها أثلاثاً، فينوب المرتهن منها ثلاثاً وثلثا وفي يده من الرهن خمسة فجميع ذلك ثمانية وثلث، وقد صار له بالمحاصة سبعة ونصف، فالذي أضر به تسليم الرهن خمسة أسداس دينار.

وإن هلك الرهن ووجد بيد الغريم عشرة؛ كان له نصفها بالمحاصة ثم يرجع على العدل بثلاثة وثلث، وإن صون به الراهن ماله كان طعاماً فأكله، أو ثوباً فلبسه أو باعه فاشترى بقيمته[(٣)] ما أكله؛ رجع على العدل بدينارين إلا

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٥٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧٦.

(٣) في (ت): (بثمنه).

ثلث، لأنه لو لم يسلم لأنفق الغريم من العشرة التي وجدت في يديه خمسة ولم يجد المرتهن إلا خمسة .... يريد بأنها ثلث ديناران إلا ثلث وخمسة من الرهن فجميع ما كان يصير إليه بالمحاصة سبعة إلا ثلثا بالذي أضر به وتسليم الرهن ديناران إلا ثلث[(١)]

فصل
[في الرهن يوقف على يد عدل فيبيعه ويدفع ثمنه للمرتهن]

وإذا قال العدل: بعت الرهن بمائة ودفعتها إليك، وقال المرتهن: بخمسين وهي التي دفعتها إلي؛ كان القول قول المرتهن مع يمينه أنه لم يقبض منه إلا خمسين وكان على العدل غرم خمسين، ثم ينظر في ذلك، فإن قال المرتهن: لا أدري ما بعت به إلا من قولك أنه خمسون، ثم أقررت الآن أنه مائة ؛ أخذت[(٢)] تلك الخمسين الأخرى إذا كان دينه مائة.

واختلف إذا قال المرتهن: كنت حاضراً ولم يبع إلا بخمسين، هل يكون له أن يأخذه، أو تكون للغرماء دونه؟ ولا شيء له فيها أصوب؛ لأنه مقر أنها أخذت من العدل ظلماً، فإن قال العدل: بعت بخمسين، وقال المرتهن: بمائة ؛ كان القول قول العدل مع يمينه، إلا أن يأتي بما لا يشبه وأن يكون ثمنه مائة ؛ فيكون القول قول المرتهن، ولأنه لو شهدت له بينة أنه باعه بخمسين كان متعدياً وعليه تمام القيمة، وإن باعه العدل بحنطة أو شعير أو عرض ؛ رد بيعه،

(١) قوله: (لأنه لو لم... ديناران إلا ثلث) زيادة من (ت) وهي زيادة استبان لنا قراءتها بصعوبة نظرا لما يلف المخطوط من اهتراء وتآكل. ا.هـ المحقق.

(٢) في (ت): (أخذ).

وإن فات بيد مشتريه[(١)] أسلم ذلك وأغرم القيمة، إلا أن يكون فيه فضل على القيمة فيباع ذلك[(٢)] للراهن.

وقال أشهب في كتاب محمد[(٣)]: فإن باعه بمثل ما على الغريم ولم يكن به فضل؛ جاز، وإن كان فيه فضل؛ رد ذلك الفضل وكان المشتري بالخيار في الباقي كله[(٤)] إن شاء رده كله لما دخل عليه من الشركة[(٥)].

فصل
[في أن الرهن مضمون]

الرهن مضمون وإن قضى ما هو فيه إذا كان غائباً عنهما، إلا أن يقول الراهن: أتركه عندك وديعة ؛ فيكون ذلك له تصديقاً أنه كان وقت القضاء موجوداً، وإن كان موجوداً[(٦)] بين أيديهما فقضى ما رهن فيه ثم قام الراهن وتركه؛ كان وديعة، ويصدق المرتهن إن قال: ضاع بعد ذلك.

وقال ابن القاسم: إذا قضى الغريم الدين، وقال المرتهن: تعال خذ رهنك، فقال الراهن: دعه عندك حتى أجيئك غداً فآخذه، فلما جاء من/ الغد قال: قد (ف) ٣٠٨/أ ضاع عندي بعدما قضيتني ودعوتك له[(٧)]، قال: أرى أن يحلف لقد ضاع ويبرأ وأراه أميناً[(٨)].

---

(١) قوله: (فات بيد مشتريه) يقابله في (ت): (فاته المشتري).

(٢) قوله: (وأغرم القيمة...ذلك) زيادة من (ف).

(٣) قوله: (محمد) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (كله) ساقط من (ف).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢١٨.

(٦) في (ت): (حاضر).

(٧) في (ف): (لك).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨٩.

وقال في المدونة فيمن ارتهن ثوباً بألف درهم وقيمته ألف فوهب[(١)] الطالب دينه للغريم ثم رجع ليدفع الثوب فضاع، قال: هو ضامن[(٢)].

وقال أشهب في كتاب محمد: هو ضامن ويرجع على الراهن فيما وضع من حقه؛ لأنه لو لم يضع لينتفع[(٣)] بقيمة الثوب فيقاصه بقيمته، فإن كان الثوب أكثر؛ غرم ذلك، وإن كان الدين أكثر؛ لم يكن على الراهن شيء[(٤)]. يريد: بعد أن يحلف.

* * *

(١) في (ف): (فذهب).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٤٢.

(٣) في (ف): (ليتبع).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨٨، ١٨٩

باب
فيمن ارتهن رهناً بدين فقضى بعضه أو بدينين فقضى أحدهما هل يرجع في الرهن بقدر ما سقط من الدين؟

وإذا أرهن رهناً بمائة فقضى خمسين ؛ لم يكن له أن يأخذ من الرهن بقدر ما قضى، لأن العادة جارية ألا يسترجع منه شيئاً حتى يقضي آخر الدين.

واختلف إذا كان الرهن بدينين فقضى أحدهما، أو بعبدين فاستحق أحدهما أو رده بعيب، أو كان عبداً واحداً بيع بمائة بيعاً فاسداً فكانت قيمته خمسين، فقيل في جميع ذلك: يكون جميع الرهن رهناً بالباقي.

وحكى ابن شعبان إذا كان الرهن في حقوق ثلاثة فقضى أحدها[1] أنه يخرج من الرهن بقدره.

وفي كتاب محمد فيمن له على رجل مائة دينار، ثم أقرضه مائة على أن يرهنه رهناً بالأول والثاني قولان، فقيل: يفض الرهن ويسقط نصفه وهو ما قابل الدين الأول. واختار محمد أنه يكون جميعه رهناً بالثاني مثل ما في المدونة[2]، وعلى هذا يفض الرهن في الاستحقاق إذا استحق أحد العبدين أو رده بعيب. وفي الطلاق إذا أرهن بالصداق ثم طلق قبل الدخول، والفض أحسن إلا أن تكون هناك عادة أنه يبقى رهناً في الباقي.

ومن أسلم ديناراً في ثلاثين درهماً إلى أجل وأخذ عنها رهناً ثم فسخ ذلك، فإن كان قدر الدينار والدراهم سواء؛ كان أحق به حتى يعود إليه ديناره، وإن

---

(١) في (ت): (أحدهن).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ١٦٤.

كان قيمة الدينار أربعين؛ كان أحق بثلاثة أرباع الدرهم والباقي هو فيه أسوة؛ لأنه إنما دخل على أنه يكون رهناً في ذلك القدر ثم يسلمه.

واختلف إذا كانت قيمته عشرين، هل يكون أحق لجميعه، أو بثلثيه يسقط من الرهن ما ينوب العشرة الزائدة فالمستحقة؟

❊ ❊ ❊

باب
في اختلاف الراهن والمرتهن

وذلك في ثلاثة: في الدين، أو في الرهن، أو فيهما جميعاً. الدين والرهن وجهان من غير اختلاف، وهو أن يتفقا على الرهن ويذهب عنهما ما رهن فيه، أو يتفقا على الدين ويهلك الرهن ويذهب عنهما صفته.

فإن اختلفا في الرهن، فقال المرتهن: هو في عشرة. وقال الراهن: هو في خمسة، وقيمة الرهن عشرة؛ كان القول قول المرتهن مع يمينه أنه في عشرة.

قال مالك: ويكون أحق به ليقبضه وحوزه إياه، فإن كانت قيمته خمسة؛ كان القول قول الراهن مع يمينه، وإن كانت قيمته فوق خمسة ودون عشرة؛ حلفا جميعاً وكان رهناً في قدر قيمته(١).

واختلف في أربعة مواضع:

أحدها: إذا كانت قيمته عشرة وحلف المرتهن، هل يكون شاهداً على نفسه فيحبسه لا غير ذلك، أو يكون شاهداً على الذمة ويأخذ العشرة من المطلوب؟

والثاني: إذا كان شاهداً على نفسه وحلف المرتهن هل له أن يحلف الراهن؟

والثالث: إذا كان الرهن على يد عدل، هل يكون القول قول المرتهن إذا ادعى مثل قيمته أو قول الراهن.

والرابع: إذا كانت قيمته خمسة، هل يكون القول قول المرتهن أو الراهن؟ فقال محمد: إذا كانت قيمته عشرة؛ حلف المرتهن وحده وكان الرهن على يده أو على يد غيره ويكون له، ولا يجعله شاهداً على الذمة فيستحق منها ما حلف

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٢٨٢.

عليه، فإن استحق الرهن أو ضاع ببينة أو ادعى هلاكه وهو حيوان؛ كان القول قول الراهن أنه لم يكن له[(١)] إلا في خمسة؛ لأن حكم الرهن قد يسقط فيرجعان إلى ما يغرمه الراهن من ذمته، بمنزلة ما لم يكن فيه رهن؛ لأنه يشبه أن يرهن الرهن في مثل قيمته أو أقل أو أكثر، فجعل القول قول المرتهن لأجل الحوز، فإذا سقط الرهن رجع إلى قول الغريم.

وقال أبو محمد عبد الوهاب: العادة جارية أن الناس يرهنون ما يساوي ديونهم أو يقاربها لا ما لا يفي بها[(٢)] . فعلى قوله يكون شاهداً على[(٣)] الذمة وإن هلك الرهن أو استحق.

وقول محمد: يحلف المرتهن[(٤)] وحده استحسانٌ؛ لأنه قادر على أن يبيع ذلك الرهن[(٥)] فيأخذ العشرة. وقيل: إذا حلف المرتهن أنه في عشرة ؛ حلف الراهن أنه لم يرهنه في عشرة، ثم يسلم الرهن؛/ لأن المرتهن يقول: لا أتكلف بيعه؛ لأنه يمكن أن يستحق أو يوجد به عيب، والقول الأول أحسن؛ لأن الاستحقاق نادر وليس عليه في تكليف البيع كبير مئونة، فكان ذلك أخف من أن يحمله على اليمين كاذباً على قول المرتهن. (ف) ٣٠٨/ب

قال أبو محمد عبد الوهاب: إذا كان على يد عدل ؛ كان القول قول الراهن[(٦)].

---

(١) قوله: (له) زيادة من (ف).

(٢) انظر: المعونة: ٢/ ١٥٠.

(٣) في (ت): (في).

(٤) في (ت): (الراهن).

(٥) قوله: (الرهن) زيادة من (ف).

(٦) انظر: الإشراف: ٢/ ٥٨٠.

وقول محمد : إنَّ القولَ قول المرتهن وإن كان على يد غيره أصوبُ؛ لأنه إنما أخذ توثقة للدين، فلا فرق بين أن يكون على يده أو على يد غيره. وإن كانت قيمته خمسة ؛ كان القول قول الراهن.

وفي العتبية: القول قول المرتهن[١]، وهذا من نحو ما تقدم أن الرهن لم يكن شاهداً على الذمة؛ لأنه يرهن في أقل من الدين وأكثر، ولا يسقط حق[٢] بشك، والمرتهن يقول: رضيت إن أخذه في عشرة، فإن كرهت أن تفتديه فدعه.

فصل
[فيما إذا هلك الرهن وتصادقا على قيمة الدين ثم اختلفا في قيمة الرهن]

واختلف إذا هلك الرهن وتصادقا على أن الدين عشرة، وقال الراهن: قيمته عشرة، وقال المرتهن: قيمته خمسة، فقال مالك: القول قول المرتهن[٣]، وهذا يؤيد ما تقدم أن الرهن يرهن في أقل من الدين وأكثر وإذا كان القول قوله لموضع الحوز.

وقال ابن عبد الحكم في كتاب ابن حبيب: القول قول المرتهن وإن أتى بما لا يشبه؛ لأن الرهن قد يؤخذ لليمين، وقال أصبغ: القول قول الراهن[٤]. وهذا يصح على القول أنه شاهد على الذمة، فإن قال المرتهن: هو في عشرة، وقال الراهن: هو في خمسة وقيمته سبعة؛ تحالفا وكان في سبعة، فإن ابتدأ

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٥.

(٢) في (ت): (حوزه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٣٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٣٣.

بالمرتهن؛ كان بالخيار بين أن يحلف أنه في عشرة، فإن نكل بعد ذلك الراهن؛ أخذ المرتهن عشرة بتلك اليمين، أو يحلف[١] المرتهن أنه لم يرهن في دون سبعة، فإن نكل الراهن حلف المرتهن يميناً ثانية أنه في عشرة وأخذها، فإن ابتدأ الراهن باليمين؛ كان بالخيار بين أن يحلفه أنه لم يرهنه إلا في خمسة، وإن نكل بعد ذلك المرتهن دفع الراهن خمسة وأخذه، وإن شاء حلف أنه لم يرهنه في عشرة وبرئ منه، فإن نكل بعد ذلك المرتهن حلف يميناً ثانية أنه لم يرهنه إلا في خمسة وأخذه.

وإن اختلفا فيمن يبتدئ باليمين اقترعا؛ لأن المرتهن يجب أن يبتدئ الراهن باليمين، فإن نكل حلف هو يميناً واحدة وأخذ بها[٢] عشرة، والراهن يجب أن يبتدئ المرتهن باليمين، فإن نكل حلف هو يميناً واحدة وأخذ الرهن[٣] وغرم خمسة، ونكولهما كيمينهما.

وإن اختلفا في الدين وفي قيمة[٤] الرهن وقد ضاع، فقال الراهن: الدين خمسة وقيمة الرهن عشرة، وقال المرتهن: الدين عشرة وقيمة الرهن خمسة؛ كان القول قول الراهن ويحلف أن الدين خمسة، والقول قول المرتهن ويحلف أن قيمة الرهن خمسة، ثم لا تباعة بينهما.

وإن قال الراهن: إنه في ثلاثة؛ حلف ولم يكن علي الراهن إلا خمسة التي حلف أنها صفة الرهن ولم يكن للراهن فيها شيء، لأنه لا يقبل قوله أن الدين

(١) قوله: (أو يحلف) يقابله في (ت): (ويحلف).

(٢) قوله: (بها) زيادة من (ف).

(٣) قوله: (وأخذ الرهن) زيادة من (ف).

(٤) في (ت): (صفة).

أقل منها[١].

وإن قال الراهن: هو[٢] في سبعة ؛ حلفا وكان للمرتهن أن يأخذ منه دينارين بإقراره، وعلى القول الآخر لا يكون له شيء؛ لأن المرتهن لا يصدق أن الرهن أقل من الدين.

وقال ابن القاسم: ومن مات عن رهن قيمته أقل من[٣] عشرة، فقال الراهن: هو في خمسة، وقال ورثته: لا علم لنا فيما رهن فيه؛ كان القول قول الراهن، وهذا راجع إلى الأصل الأول أن الرهن لا[٤] يرهن في أقل من الدين[٥] وإنما يكون في قيمته إذا ادعى ذلك المرتهن، فإن لم يدع لم يغرم الآخر[٦] إلا ما أقر به؛ لأنه إنما أقر[٧] بما يشبه.

وعلى ما قال أبو محمد عبد الوهاب: لا يقبل قوله، قال محمد، قال أشهب: فإن كان الورثة صغاراً حلف الراهن ودفع ما أقر به، ولم يكن له إلى الرهن سبيل حتى يكبر الصغار فيحلفوا[٨]. يريد[٩]: إذا ادعوا علماً وأمكن أن يكون عندهم علم، وإلا فيمين هذا الآن تجزئ ويحلف ويأخذ رهنه.

---

(١) قوله (وإن قال الراهن: إنه في ثلاثة... أن الدين أقل منها) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (هو) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (أقل من) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (لا) ساقط من (ف).

(٥) بعدها في (ف): (وأكثر).

(٦) قوله: (الآخر) زيادة من (ف).

(٧) قوله: (إنما أقر) يقابله في (ت): (أتى).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٣٥.

(٩) قوله: (يريد) ساقط من (ف).

وإن هلك الرهن وجهلت صفته؛ كان رهناً[١] بما رهن فيه ولم يرجع منهم أحد على صاحبه؛ لأنَّ كل واحد منهما لا يدري هل يفضل له عند صاحبه شيء أم لا؟.

وقال أشهب: القياس أن يجعل من أدنى الرهون[٢]. يريد: أدنى ما يرهن في مثل ذلك الدين.

واختلف في الوقت الذي يعتبر فيه قيمة الرهن[٣]، فقال ابن القاسم: إنما ينظر في[٤] قيمته يوم الحكم[٥]، فإن كانت قيمته يوم قبض عشرة ويوم الحكم عشرين؛ كان القول قول الراهن أنه في عشرة، وهذا صحيح على أصل مالك؛ لأنَّ المرتهن قدم لأجل الحوز وإن كان يشبه أن يرهن في أقل.

وقال غيره: إنما ينظر إلى القيمة يوم القبض، قال: وكذلك لو نتجت الدابة في يده. يريد: إنما تقوم الأم بانفرادها، وهذا موافق لما قال أبو محمد عبد الوهاب أن الرهن يرهن في مثل الدين، وعلى قول ابن القاسم يراعى قيمة الأم والولد.

فصل
[فيما إذا اختلف قول الراهن والمرتهن]

وقال ابن القاسم: وإن كان للرجل دين بذكر[٦] حق بمائة وفي يده رهن قيمته مائة، وقال: هو رهن في مائة أخرى، وقال الراهن: بل تلك المائة التي

---

(١) قوله: (رهنا) ساقط من (ف).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨٧.
(٣) قوله: (قيمة الرهن) يقابله في (ت): (قيمته).
(٤) في (ت): (إلى).
(٥) انظر: المدونة: ٤/ ١٥٤.
(٦) في (ت): (يذكر).

بذكر[١] الحق؛ كان القول قول الراهن[٢]. يريد: أن الأمر محتمل هل هو بتلك المائة أو بغيرها ولا يغرم بالشك.

وقال مرة: القول قول المرتهن[٣]؛ لأن الشأن إذا كان فيما كان فيه ذكر الحق أن يكتب في ذلك الصك، وإن اعترف الراهن بالمائتين، وقال المرتهن[٤]: في مائة منهما، وقيمة الرهن مائتان؛ كان القول قول الراهن[٥].

واختلف إذا كان قيمته مائة، فقال ابن القاسم:/ القول قول الراهن[٦] (ف) ٣٠٩/أ
فيدفع مائة ويأخذه.

وقال أشهب: القول قول المرتهن، والأول أبين. وإن قال في عبدين: رهنتك هذا والآخر وديعة، وقال المرتهن: بل أرهنتني العبدين؛ كان القول قول الراهن، وإن قال: أرهنتك هذا العبد بعينه والآخر وديعة، وقال المرتهن: بل[٧] هو وديعة والآخر رهن؛ كان القول قول المالك، ولا يكون للمرتهن إلا ما أقر له[٨] أنه رهن.

وقال ابن القاسم فيمن دفع إلى رجل نمطاً وجبة فضاع النَّمَط ثم اختلفا، فقال الراهن: كان النمط رهناً والجبة وديعة، وقال القابض[٩]: الجبة رهن

---

(١) في (ت): (يذكر).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٣٥، ٢٣٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٣٥، ٢٣٦.

(٤) في (ت): (الراهن).

(٥) في (ت): (المرتهن).

(٦) من قوله: (واختلف إذا كان...) ساقط من (ف).

(٧) قوله: (بل) زيادة من (ف).

(٨) في (ت): (به).

(٩) في (ت): (الراهن).

والنمط وديعة؛ كان القول قول الراهن مع يمينه أنها وديعة ويأخذها، والقول قول المرتهن مع يمينه أن النمط[١] وديعة ولا شيء عليه[٢].

وإن قال: بعتك هذا العبد بمائة وقد قبضتها، وقال الآخر: بل[٣] أرهنته لي في مائة؛ كان القول قول المرتهن مع يمينه أنه لم يشتره ويقبض المائة ويسلمه.

وإن قال: بعتك هذا العبد ولم أقبض المائة؛ كان القول قول المالك أنه لم يقبض، والقول قول الآخر أنه لم يشتره، ولا تباعة بينهما.

وإن قال: أرهنتك في مائة وقبضتها[٤]. وقال الآخر: بل[٥] اشتريته بتلك المائة؛ كان القول قول المالك أنه رهن ويدفع المائة ويأخذ عبده، وإن قال: لم أقبضها؛ حلف ورد العبد. وإن فات بحوالة سوق أو بتغير بدن؛ لم يكن فوتاً، ولو كان ثوباً فلبسه فأبلاه؛ مضى بالأكثر من قيمته يوم لبسه أو الثمن، فإن هلك ببينة أو كان عبداً فمات وثبت كل واحد منهما على قوله؛ لم يقض بالثمن لواحد منهما، لأن كل واحد منهما ينفي أن يكون له فيه حق، فإن رجع أحدهما عن قوله كان له، وإن رجعا جميعاً كان لأولهما رجوعاً.

وإن قال المالك: أودعتك. وقال الآخر: أرهنتني؛ كان القول قول المالك أنه وديعة، وإن لم يقبض ما ادعاه الآخر أنه رهنه فيه، إلا أن تكون العادة في مثل ذلك أنه رهن. والشأن في مثل البياع يبيع الخبز[٦] وما أشبهه يدفع إليه

(١) قوله: (أن النمط) يقابله في (ت): (أنه).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٥٦.

(٣) قوله: (بل) زيادة من (ف)

(٤) قوله: (وقبضتها) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (بل) ساقط من (ف).

(٦) قوله (يبيع الخبز) يقابله في (ف): (ببيع الجبن).

الخاتم ونحوه أنه رهن ولا يقبل قول صاحبه أنه وديعة.

فصل
[في الدعوى في الرهن]

وإن تصادقا أنه رهن واختلفا في القضاء؛ كان القول قول المرتهن إذا لم يسلم الرهن، والقول قول الراهن إذا قبضه وطال.

واختلف إذا قرب فلسه(١)، هل يكون القول قول المرتهن، أو الراهن؟ وأن يقبل قول الراهن أصوب؛ لأن الشأن أن المرتهن لا يسلم الرهن إلا بعد القبض، إلا أن تكون لقوم عادة في كثير منهم أنهم يسلمون الرهن ثم يطلبون الدين.

وإن كان عليه مائتان مائة برهن ومائة بغير رهن فقضى مائة ثم اختلفا، فقال الغريم: قضيت عن الرهن فادفعه إلي، وقال الآخر: عن التي بغير رهن؛ تحالفا وقسمت بينهما. فإن حلف أحدهما ونكل الآخر؛ كان القول قول الحالف . وهذا إذا حل الدينان، فإن حل أحدهما ؛ كان القول قول من ادعى عن الحال، وإن لم يحلا وكان أجلهما سواء أو متقاربا ؛ حلفا وقسمت بينهما، هذا ظاهر المذهب .

والقياس: أن يكون القول قول الدافع؛ لأنه متطوع، فكان القول قوله فيما يقرب أنه تطوع به، وإن تباين ما بينهما؛ كان القول قول من ادعى أقربهما أجلاً مع يمينه.

* * *

(١) قوله: (فلسه) ساقط من (ف).

باب
في العبد يُرهن ثم يجني جناية

وإذا جنى العبد المرتهن جناية ففداه سيده؛ بقي في الرهن على حاله[١].

قال محمد: فإن أسلمه خير المرتهن بين ثلاث؛ بين أن يسلمه، أو يفتديه فيكون رهناً إلى أجله، أو يفتكه بزيادة ولو بدرهم ويكون له العبد بتلاً ويتبع سيده بحقه إلا ذلك الدرهم[٢].

قال الشيخ ﷺ: ويفترق الجواب إذا افتداه بإذن سيده أو بغير إذنه في تعلق الفداء بذمة السيد وفي بيعه قبل الأجل، وفي مال العبد هل يكون معه فيما فدي به، فإن افتداه بإذنه كان سلفاً في ذمة السيد ولا يباع قبل الأجل.

واختلف هل يكون رهناً بما فدى به، فقال مالك وابن القاسم: يكون رهناً، وقال محمد: لا يكون رهناً. واختلف فيه قول أشهب[٣].

وقد اختلف في هذا الأصل فيمن أمر أن يشتري لولد أو يسلف ثمنه هل يحبسه حتى يقبض[٤] سلفه، وأرى أن يحلف أنه افتداه ليكون رهناً في يديه ويكون أحق به، وإن افتداه بغير إذن سيده لم يكن سلفاً في ذمة السيد إن هلك وكان معلقاً بعين العبد.

وقال في المدونة: لا يباع حتى يحل الأجل[٥]. وقال سحنون: يباع قبل

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٦٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٢٣، ٢٢٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٢٥.

(٤) في (ت): (يقتضي).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ١٤٥.

الأجل؛ لأن الراهن أسلمه، وهو أحسن، ولا مقال للراهن في تأخير البيع[1]؛ لأنه رضي بإسلامه.

واختلف في ماله، فقال مالك: لا يتبعه. وقال مرة: يتبعه ويكون رهناً فيما فدى به[2]، وهو أبين؛ لأنه افتدى ما كانت الجناية أحق به فيباع بماله، فإن كانت قيمته بغير مال خمسين وبماله/ مائة والجناية خمسون؛ كان للمرتهن نصف (ف) ٣٠٩/ب
الثمن وهو خمسون عن الجناية ويبقى خمسون، ينوب نصف العبد منها بغير مال خمسة وعشرون، ويأخذها المرتهن، ويضرب في خمسة وعشرين، وعلى القول الآخر: يباع بغير مال ويبدأ من ثمنه بما فداه به، فإن لم يوف لم يتبع السيد بشيء، فإن وفَّى وفضل شيء[3] قضى عن دين المرتهن، وإن فضل شيء كان للغرماء، وإن لم يوف بما بعد الجناية بدين المرتهن دخل مع غيره من الغرماء في مال العبد.

* * *

(١) قوله: (في تأخير البيع) زيادة من (ف)

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٢٤.

(٣) قوله: (شيء) ساقط من (ف).

باب
في ارتهان فضله الرهن

ومن ارتهن رجلاً رهناً في مائة دينار ثم استقرض منه مائة وأرهنه فضلة ذلك الرهن؛ جاز إذا كان الرهن على يده أو على يد عدل ورضي العدل أن يحوز ذلك الفضل للمرتهن، ويختلف إذا لم يرض وقد علم برهن ذلك الفضل أو لم يعلم، واختلف إذا ارتهن الفضل غير الأول، فقال مالك في المدونة: إن رضي الأول جاز، وإن لم يرض لم يجز[١].

وقال في كتاب محمد: لا يجوز؛ لأن الأول إنما حاز لنفسه، ويجري فيهما[٢] قول آخر أنه[٣] يجوز وإن لم يرض الأول قياساً على المخدم يهب صاحبه رقبته لغير المخدم، فقال: يجوز وإن لم يرض المخدم ولم يعلم.

واختلف إذا كان الرهن على يد عدل فأرهن الفضل غير الأول، فقال مالك في كتاب محمد: يجوز إن رضي الأول. وقال أصبغ: ذلك جائز وإن لم يرض إذا رضي العدل[٤].

قال الشيخ ﷺ: أما إذا كان أجل الدينين سواء، أو كان الآخر أبعد حلولاً؛ جاز وإن لم يرض الأول، فإن كان الثاني أقرب حلولاً ودين الأول عرض من بيع دخل الثاني على أن يقبض دينه إذا حل أجله؛ لم يجز إلا برضى الأول؛ لأن الأول يتعجل حقه قبل أجله، إلا أن يرهنه على أن لا يقوم ببيع

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٤٦.

(٢) في (ت): (فيه).

(٣) قوله: (أنه) ساقط من (ف).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٧٩.

ذلك الرهن حتى يحل الأجل الأول وفيه معمر من الغرر، وإن كان دين الأول عيناً أو عرضاً من قرض؛ جاز إذا دخل على أن يعجل حقه إذا حل الأول وإن لم يرض الأول، وهذا إذا علم العدل ورضي أن يحوز ذلك الفضل إذا بيع الأول فيحول بين الرهن وبين ذلك الفضل. ويختلف إذا لم يرض قياساً على المخدم وقد تقدم.

واختلف في ضمان فضل الرهن إذا كان على يد المرتهن الأول أو على يد عدل، فقال ابن القاسم: إذا كان على يد الأول(١) سقط عنه ضمان(٢) الفضل، وقال أشهب: ضمانه كله من الأول، قال: ولو كان على يد الثاني المرتهن للفضلة فضاع؛ لم يكن عليه ضمان(٣)، وعلى أصل ابن القاسم يضمن الثاني الفضل.

وقول محمد أبين؛ لأن الفضل مترقب فقد ينزل سوقه أو ينزل به عيب فلا يكون فضل، وإن كان لا يعلم كم هو يوم البيع ومن باع على أن(٤) يأخذ رهناً ويجعله على يد عدل ثم قبضه، وقال: دفعته إليه، وقال العدل: لم يدفعه إلي؛ كان القول قول العدل على مذهب ابن القاسم ويغرم البائع.

وعلى قول عبد الملك يكون القول قول المرتهن أنه سلمه والقول قول العدل أنه لم يقبضه وتكون مصيبته من صاحبه، والقول وإن قال العدل: قبضته وضاع مني(٥)؛ قبل قوله في دفعه بخلاف الأول، وقيل: لا يقبل

(١) في (ت): (عدل).

(٢) قوله: (ضمان) زيادة من (ف)

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٩٢.

(٤) في (ت): (ألا).

(٥) قوله: (مني) زيادة من (ف)

قوله إلا ببينة.

فصل
[فيما إذا رهن الوصي شيئاً من مال اليتيم]

وإذا استقرض الوصي ليتيمه فأرهن فيه شيئاً من مال اليتيم وجعله على يد عدل؛ جاز[١]، وسواء كان القرض من عنده أو من عند أجنبي.

واختلف إذا بقي الرهن في يده ؛ إذا كان القرض من عنده وحاز الرهن لنفسه، والقول أنه يجوز أصح، ولو كان[٢] بيد رجل وديعة فاستدان صاحبها من المودع ديناراً رهنه تلك الوديعة وحازها لنفسه ؛ كان حوزاً وإن لم يخرجها إلى يد غيره، وقياساً إذا كان الدين من غير الوصي وبقي الرهن في يده يحوزه الأجنبي[٣]؛ فإنه حوز وإن بقيت يده عليه.

* * *

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٤٧.

(٢) قوله: (ولو كان) يقابله في (ت): (لو كانت).

(٣) قوله: (يحوزه الأجنبي) يقابله في (ت): (ويحوزه للأجنبي).

باب
في النفقة على العبد الرهن والبعير الضال

قال مالك في المدونة[١] في العبد أو الدابة ترهن: النفقة على الراهن، فإن أنفق المرتهن كانت النفقة في ذمة الراهن، وسواء أنفق بأمره أو بغير أمره، بخلاف الضالة[٢].

قال ابن القاسم: ونفقته على الراهن سلف ولا أراها في الرهن إلا أن يقول أنفق علي أن نفقتك في الرهن، فيكون له حبسه بنفقته وبما رهنه فيه، إلا أن يكون عليه غرماً فلا يكون أحق بالفضل عن دينه أذن أو لم يأذن، إلا أن يشترط أن الرهن يكون رهناً بالنفقة[٣].

ومعنى قوله أنفق علي أن نفقتك في الرهن، أي: أنفق لتبيع وتأخذ نفقتك، وهو بمنزلة من يعطي رجلاً سلعة، فقال: بع واستوف دينك، ففلس الدافع قبل البيع أو بعد البيع وقبل القبض للثمن؛ فإنه أسوة الغرماء، إلا أن يقول: وهي في يدك رهن ما بينك وبين البيع، ولو قال: على أن نفقتك في الرهن لا في ذمتي؛ ابتدئ بالنفقة قبل الدين ولكان أحق من الغرماء، فإن هلك قبل البيع لم يتبع الراهن./ (ف) ٣١٠/أ

وقال أشهب: إذا كانت النفقة بغير أمر الراهن كانت في الرهن كالضالة وليست على الراهن[٤].

---

(١) قوله: (في المدونة) زيادة من (ف)

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٤٦.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٤٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨٥.

وقال محمد بن مسلمة: النفقة مبدَّاة على الرهن، وجعله بمنزلة الرهن يحتاج إلى السقي فاستأجر ربه على سقيه أن الأجير مبدَّى، وهو أقيس، فله أن يتبع هذا الراهن بخلاف الضالة؛ لأنه إذا رضي أن يوقف رهناً إلى الأجل فقد رضي بالإنفاق عليه ويجبر ربه على ذلك، فإذا رضي ربه بالإنفاق؛ كان للمرتهن أن يأخذها من الرهن ويبدأ بالنفقة لأنه أحياه، وسواء كانت النفقة بأمر الراهن أو بغير أمره، كما قال: الأجير يستأجره رب الزرع؛ فإنه أحق به وإن كانت أجرته في ذمة صاحب الزرع، كما أن نفقة هذا في ذمة الراهن.

❊ ❊ ❊

باب
فيمن رهن رهناً ثم رجع إليه بإيداع أو إجارة أو عارية

وقال ابن القاسم فيمن قبض رهنه ثم جعله على يد صاحبه وديعة أو إجارة: فقد خرج من الرهن، إلا أن يقوم فيطلبه فيكون له ذلك ما يحل بينه وبين غرمائه[١]. يريد: يقوم بعد انقضاء الإجارة، فإن قام قبل ذلك وقال[٢]: جهلت أن ذلك ينقض الرهن وأشبه ما قال؛ حلف ورده ما لم يقم الغرماء.

واختلف إذا رجع إليه بعارية، فقال مالك: ليس له أن يسترده إلا أن يكون أعاره على ذلك، فإن كان أعاره على ذلك فاستحدث ديناً قبل أن يقوم عليه؛ فهو أسوة[٣].

وقال أشهب: العارية والإجارة سواء ترد[٤] إليه ما لم يقم الغرماء أو يحدث فيه بيعاً أو تدبيراً أو تحبيساً[٥]، وهو أبين.

فإن كانت العارية إلى أجل يرتجعها[٦] إذا انقضى ذلك الأجل. ويختلف إذا لم يضرب أجلاً هل يرتجعها[٧] الآن؛ لأن العارية لا أمد لها؟ وقد قيل في هذا

---

(١) قوله: (وبين غرمائه) يقابله في (ف): (وبينه غرماء). انظر: المدونة: ٤/ ١٤٢، والنوادر والزيادات: ١٠/ ١٦٢.

(٢) قوله: (وقال) في (ف): (وقد).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٦٢.

(٤) في (ف): يرد.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٦٢.

(٦) قوله (يرتجعها) ساقط من (ف).

(٧) في (ف): يرتجعا.

الأصل: إنها تبقى إلى مدة يرى أن يعير إلى مثلها، ولو كانت أرضاً أذن له في حرثها؛ يحمل[١] على أول بطن، فإن رفع[٢] زرعه قبضها وليس له أن يستردها قبل ذلك، وقد يحمل قول مالك أنه لا يستردها قبل أن تمضي مدة يرى أنها تعار إلى مثلها. وأما قوله: إن أحدث[٣] ديناً قبل أن يقوم[٤] الغرماء فهو أسوة[٥]؛ فهو أحد قوليه في رهن من تبين فلسه.

وإن آجره[٦] صاحبه من أجنبي بإذن المرتهن؛ فسد الرهن، وإذا آجره المرتهن بإذن الراهن؛ لم يفسد، وإن استأجره المرتهن[٧] من الراهن؛ فسد الرهن[٨] إذا ولي الراهن العقد، وإن وليه وكيلاً[٩] جاز.

وإن ارتهن عبداً فأبق ثم وجد في يد راهنه؛ لم يفسد الرهن إذا لم يعلم المرتهن، وإن لم يعلم الإباق، وقال المرتهن: أبق ثم عاد إليه ولم أعلم؛ لم يصدق.

* * *

(١) في (ت): (لحمل).
(٢) في (ت): (رجع).
(٣) في (ت): (استحدث).
(٤) قوله: (أن يقوم) ساقط من (ت).
(٥) انظر: المدونة: ٤/ ١٤٨.
(٦) في (ت): (أخذه).
(٧) من قوله: (فسد الرهن...) ساقط من (ت).
(٨) قوله: (الرهن) ساقط من (ف)
(٩) في (ت): (وكيله).

باب
فيمن ارتهن رهناً واشترط منافعه

وإذا اشترط المرتهن مدة معلومة في عقد البيع؛ جاز في الدور والأرضين، ومنعه مالك في الحيوان والثياب. قال ابن القاسم: لأنه[1] لا يدري كيف يكون الرهن إذا رجع. قال: وأنا لا أرى به بأساً[2]. فإن شرط ذلك في أصل العقد[3] فهو سلف بزيادة، ويكره أن يأذن له في الانتفاع به بعد عقد القرض والبيع؛ لأنه هدية مديان.

ويختلف إذا كان ذلك بإجارة، كمن بايع من النقد من دين له؛ لإمكان أن يبيع منه بأقل ويشتري منه بأكثر.

فصل
[فيمن استأجر عبداً ثم وهبه لربه]

واختلف هل يكون الرهن محوزاً إذا كانت الإجارة والرهن معاً، أو كانت الإجارة قبل أو بعد. فقال ابن القاسم: إن ذلك حوز. وقال فيمن استأجر عبداً ثم وهبه لربه: إن ذلك حوزه وإن لم تنقض الإجارة، بخلاف أن يهبه لغير من استأجره، فعلى هذا يكون الرهن محوزاً وإن تقدمت الإجارة.

وقال عبد الملك بن الماجشون في المبسوط، وهو في كتاب محمد: إذا آجر عبده أو داره، أو ساقى نخله رجلاً[4] ثم رهنه إياه بعد ذلك، ثم فلس الراهن

---

(١) قوله: (لأنه) ساقط من (ف)

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٤٩.

(٣) في (ف): (القرض).

(٤) قوله: (رجلاً) ساقط من (ت).

وهو في يد المرتهن؛ فلا يكون أحق، لأنه بالأجرة والكراء قبضه وكان بيده، كما يكون بيد غيره ممن لم[1] يرهنه ويستأجره.

وقال أحمد بن المعذل: وكذلك إذا رهنه إن كان رهنه إياه أولاً ثم أكراه بعد ذلك متى جاء فيه أمر صار ملكه، وجواز أمره فيه خلف على من قبض الذي هو في يده صار كأنه استأجره منه بعد أن كان في يده رهناً فسخاً لرهنه.

واختلف إذا ارتهنه من غير من هو في يده بالإجارة، فقال مالك في كتاب محمد فيمن أكرى داراً أو أعطى حائطاً مساقاة ثم أرهنه: فليس بحوز[2].

وقال أيضاً: إن جعل المرتهن مع المساقي رجلاً كان حوزاً[3].

قال محمد: الفرق بين ارتهان فضلة الرهن ورهن ما كان في إجارة؛ أن هذا محاز لربه والرهن محاز عنه[4]. وقال ابن نافع في المبسوط: ذلك جائز والرهن مقبوض في المساقاة والكراء.

وقال ابن القاسم في الدمياطية فيمن ارتهن بعيراً وهو في الكراء: إذا كان المرتهن يعلفه ويقوم به فهو حوز.

قال الشيخ رحمه الله: أما إذا لم يرض المستأجر أن يحوز الرقاب للمرتهن ولم تكن يد/ المرتهن معه؛ فليس بحوز، فإن رضي أن يحوز له أو يجعل المرتهن يده (ف) ٣١٠/ب
معه وكان العبد يأوي إليه ويبعثه مع المستأجر بالنهار، أو يقوم بالدابة ويحفظها ويقوم بعلفها؛ فهو حوز، ولا يضمن الرهن على قول عبد الملك إذا كان

---

(١) قوله: (لم) ساقط من (ف)

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٦٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٦٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٦٥.

المستأجر هو المرتهن؛ لأنه عنده[١] ليس برهن. وأما على قول ابن القاسم ففيه نظر. وقد قيل: ينظر إلى القدر الذي يذهب منه في اللباس فلا يضمن، والقدر الذي يبقى مضموناً على حكم الراهن[٢]. والذي أرى: ألا شيء على المستأجر؛ لأنه الآن في الإجارة أقوى[٣] سبباً منه في الرهن.

وكذلك قال ابن القاسم فيمن استؤجر على أن يحمل أحمالاً ففلس صاحبها قبل أن يحملها وقد أبرزت وقبضها: إنه أحق بها[٤]، ولو ادعى ضياعها في الطريق لكان القول قوله، فإن انقضت الإجارة وغاب عليها لم يقبل قوله؛ لأنها رهن محض.

* * *

(١) في (ت): (عبد).

(٢) في (ت): (الرهان).

(٣) في (ت): (أقوم).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٥٤٧، ونصه: (وقال في الجمال يتكارى على حمل متاع فيحمل ثم يفلس صاحب المتاع والمتاع على الإبل أنه أولى به).

باب
فيمن ارتهن خلخَالين
وادعى ضياعهما أو أفسدهما

ومن ارتهن خلخالين ثم ادعى ضياعهما ضمنهما، والقول قوله فيما زعم أنه كان فيها، وإن كانا ذهباً غرم قيمتهما فضة، أو فضة غرم قيمتهما ذهباً، وعلى القول أن الصناعة إذا فسدت يقضى فيها بالمثل؛ يكون هاهنا عليه مثلهما مصوغتين، لأن الذهب والفضة مما[1] يقضي فيها بالمثل، والصياغة على هذا القول بالمثل فتوجه المثل من الوجهين جميعاً، وإن قال المرتهن: لا علم لي بما كان فيهما، وقال الراهن: كان فيها كذا وكذا وأنه أحلف واستحق، وإن كان مما يخشى؛ حلف أنه دفع إلى صائغه حين عمله له كذا وكذا وأنه أخذه على ذلك ولم يسترجع مما كان دفع إليه شيئاً واستحق[2]، وإلى هذا ذهب مالك في المبسوط.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد في امرأة ارتهنت حلياً فتعدى عليه المرتهن فرهنه عند غيره فكسره الثاني وباعه، وادعى صاحبه فيه ما لا يشبه ولا بينة له؛ حلف الذي كسره على ما وجد فيه. قال محمد: ويحلف المرتهن الأول أيضاً لها[3]. يريد: إذا ادعى الأول معرفة ما فيه، وإن قال: لا أدري ما كان فيه؛ حلفت المرأة على ما قالت واستحقت، وحلف الثاني للأول على ما قال أنه وجد فيه وغرمه.

---

(١) من قوله: (يقضى فيها... الذهب والفضة مما) ساقط من (ف).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٥٠ و١٥١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٣٣.

واختلفا إذا كسرهما المرتهن الأول، فقال ابن القاسم: عليه ما نقص، ثم رجع فقال: عليه قيمتها، وقال في كتاب الغصب: عليه قيمة الصياغة[١]، وروى أشهب عن مالك: عليه أن[٢] يصوغها، وإن هدم جداراً كان عليه أن يبنيه[٣]. فأما القول الأول أن عليه نقصان الصياغة أو قيمتها، فعلى الاختلاف فيمن أفسد ثوباً فساداً كثيراً، فقال: عليه قيمة العيب، وقال مرة أخرى: قيمته كله. وأما قوله: إن عليه قيمة الصياغة ؛ فلأن المصوغ والنحاس والحديد وكل ما إذا فسد يعاد إلى هيئته، فإنها[٤] صنعة أضيفت إليه أفسدت وبقي الأصل على حاله فصار كسلعتين أتلف إحداهما.

وأما قوله : يصوغها؛ فهو راجع إلى ما في كتاب الغصب أنه يرفو ما أفسد؛ لأنه مما لا يستغني اللابس عنه والمتعدي أدخله في ذلك، وكذلك الحائط يهدم، وذكر ذلك مشروح في كتاب الغصب، وأرى إن كانا لتجارة أن يكون عليه الأكثر من قيمة الصنعة أو ما نقصته القيمة، وإن كانا[٥] للباس أن يصوغها.

* * *

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٦، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٦.

(٢) قوله: (عليه أن) ساقط من (ف).

(٣) في (ف): (ينبيه)، انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٦.

(٤) قوله: (هيئته فإنها) ساقط من (ف).

(٥) في (ف): (كان).

باب
فيمن باع إلى أجل أو أقرض على رهن فإن لم يوف كان له ذلك الرهن بالدين أو باع بيعاً إلى أجل على أن يبقى ذلك المبيع في يده رهناً

ومن باع سلعة إلى أجل أو أقرض وأخذ بذلك رهناً على إن لم يوف كان له الرهن بالدين؛ كان البيع والقرض فاسداً، ويرد المبيع إن كان قائماً، وقيمته إن كان فائتاً، ويفسخ القرض ولا يؤخر إلى أجله، وإن كان القرض عرضاً جرى على حكم البيع؛ يرد مع القيام أو قيمته مع الفوت، وللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يعطى القيمة الآن، والرهن قبل حلول الأجل إن هلك على حكم الرهان في الضمان.

واختلف إذا فات بعد حلول الأجل[1] وكان على يد عدل أهل تكون مصيبة من المرتهن لأن العدل قابض له، أو من الراهن لأنَّ الحكم أن يرد ذلك الرضا وأن يبقى بيد العدل على حاله حتى يقضي الدين ولا يضمنه إلا أن يقبضه من العدل؟

واختلف أيضاً إذا كان على يد البائع أو المقرض، فقال مالك وابن القاسم: إذا حل سوقه أو تغير في نفسه بعد الأجل فهو فوت.

وقال عبد الملك في المبسوط: إن فات ذلك بعتق أو بنيان بعقد؛ كان عليه قيمته يوم أحدث العتق والبناء.

وفرق بين أن يصاب ذلك بغير فعل المرتهن أو بفعله، فإن أصيب بغير

---

(١) إلى هنا انتهى ما وقفنا عليه من نسخة تازة، والتكملة على نسخة واحدة دون مقابلة على أخرى وهي نسخة فرنسا، المرموز لها بـ (ف).

فعله لم يضمنه؛ لأن يده كانت عليه بالارتهان والرضا، والذي تراضيا أن يأخذه من حقه فاسداً يفسخ، ويقر تحت يد المرتهن حسب ما كان حتى يقبض، ففارق بهذا البيع الفاسد إذا قبض ولم يكن رهناً، إلا أن يكون المرتهن هو الذي أحدث فيه حدثاً بناء أو عتقاً أو بيعاً؛ فتكون القيمة يوم أحدث ذلك، لأنه لم يكن في ضمانه قبل ذلك. وقال محمد: قد قيل قيمته يوم فات[1]، ولم يبين الوجه الذي به/ فات. (ف) ٣١١/أ

فصل
[فيمن باع عبداً إلى أجل على أن يبقى رهناً بيد البائع]

وقال مالك في كتاب محمد فيمن باع عبداً أو داراً أو ثوباً إلى أجل على أن يبقى ذلك رهناً بيد البائع: لم يجز، وإن جعله بيد أجنبي جاز. قال محمد: ولا يجب ذلك[2]. يريد: وإن طال بيد أجنبي. قال: وكل من اشترى شيئاً لا يدري متى يقبضه لم يجز[3]؛ لأنه لعل ذلك يطول الأشهر الكثيرة.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: أما الدور والأرضون فيجوز وإن بقيت بيد البائع، وإن كان عبداً لم يجز أن يبقى بيد البائع، ويجوز إذا وضع على يد غيره[4]. وأجازه ابن الجلاب في الدور والأرضين والسلع ومنعه في الحيوان من غير مراعاة، حيث كان بيد البائع أو غيره[5].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٤٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٩٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٩٤.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٩٤.

(٥) انظر: التفريع: ٢/ ٢٧٣، ٢٧٤.

وأجازه ابن القصار في جميع الأشياء، وقال: إن شرط البائع أن يكون المبيع نفسه رهناً جاز ولم يفسخ[1].

قال الشيخ رضي الله عنه: لأنه إن جعل وجه المبيع أنه يقع فيه تحجير، ولا فرق بين الدور والحيوان والعروض، وإن كان الوجه للضمان لم يمنع إلا الثياب إذا كانت على يد البائع، وأجيز وإن كان بيعاً فيه تحجير لأجل ذلك التحجير بيد المشتري، وإن دفع عجل الثمن وقبض المبيع.

* * *

(١) انظر: عيون المجالس: ٤/ ١٦٣٥.

باب
فيمن ارتهن رهناً فضاع عنده أو فلس ولا مال له إلا على الراهن

اختلف في ذلك، فقال ابن القاسم: أسوة الغرماء، وليس الدين يرهن في الرهن، وقال أشهب: الراهن أحق بما عليه[1]، والأول أبين؛ لأنه إن كان الراهن لم يسلم الرهن إلا لمكان ما عنده من الدين فلم يدخل على أن يكون رهناً في يده ولا أن يحوزه على ربه، ألا ترى لو حل الأجل وهو موسر لكان عليه أن يبتدئ بدفع ما عليه ثم يقبض رهنه، ولم يكن له أن يقول: أنا أمسك ما علي من الدين حتى أقبض رهني، ولأن المرتهن لو أراد بيع ذلك الدين لم يكن للغريم -وهو الراهن- أن يأبى من ذلك وكان مجبوراً على تسليم ما عليه ويبقى الرهن قبل الأجل على يد العدل رهناً لمشتري الدين.

وقال ابن دينار: إذا ابتاع الطالب من غريمه سلعة لم يحاب فيها؛ جاز البيع وكان أسوة الغرماء، فإن قال: إنما ابتعت ليكون قصاصاً؛ أحلف بالله على ذلك وفسخ البيع، لأن الإنسان ربما زاد في الثمن من أجل المقاصة والاقتضاء فليس عليه إذا لم يتم له ذلك أن يؤخذ بالثمن.

قال الشيخ ﷺ: وهذا صحيح فيمن يجهل ويظن أنه إذا اشترى يكون أحق، أو اشتراها حقيقة ثم ظهر عليه.

* * *

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٩١، ١٩٢.

باب
فيمن باع على رهن غير معين
وما يجوز رهنه وما يمنع

إن البيع على رهن غير معين جائز وعلى الغريم أن يعطي النصف المعتاد، والعادة في الحواضر أن يرهنوا ما يغاب عليه؛ مثل الثياب والحلي، أو ما لا يغاب عليه؛ مثل الديار وما أشبهها، وليس العادة العبيد ولا الدواب، ولكن على المرتهن قبول ذلك، وإن كان أحق عليه في أنه مصدق في تلفه؛ لأن في حفظه كلفة ومشقة، وإن أحب أن يعطي ثياباً وامتنع المرتهن؛ لأنه مما عليه فيه ضمان، أو أحب الراهن أن يعطي داراً وامتنع المرتهن وأحب ما يبين به ويكون تحت غلقه(١)؛ كان القول قول الراهن، لأن كل ذلك يرهن، وإنما له فيه وثيقة من حقه إلا أن يشترط صنفاً فيوفى له به، ولو كان الدين عيناً مؤجلاً كان عليه أن يعطيه ما يرى أنه يشتري به مثل ذلك السلم إذا حل في الغالب، وليس للمسلم إليه أن يعطي بقدر ما يسوي المسلم فيه على غلائه قبل الإبان.

---

(١) الغَلَقُ في الرهن ضد الفك فإذا فَكَّ الراهنُ الرهنَ فقد أَطلقه من وثاقه عند مُرْتَهِنه وقد أَغْلَقْتُ الرهن فَغَلِقَ أي أوجبته فوجب للمرتهن ومنه الحديث: «ورجل ارتبط فرساً لِيُغالِقَ عليها»؛ أي ليراهن، وكأنه كره الرِّهان في الخيل إذ كان على رسم الجاهلية قال سيبويه وغَلِقَ الرَّهْنُ في يد المرتهن يَغْلق غَلَقاً وغُلُوقاً فهو غَلِقٌ استحقه المرتهن وذلك إذا لم يُفْتَكّ في الوقت المشروط وفي الحديث: «لا يغْلَق الرهن بما فيه»... ويقال: غَلِقَ الرهنُّ يَغْلَقُ غُلُوقاً إذا لم يوجد له تخلص وبقي في يد المرتهن لا يقدر راهنه على تخليصه والمعنى أنه لا يستحقه المرتهن إذا لم يَسْتَفِكَّه صاحبُه وكان هذا من فعل الجاهلية أن الراهن إذا لم يُؤدِّ ما عليه في الوقت المعين مَلَكَ المرتهنُ الرَّهْنَ فأَبطله الإسلام. انظر: لسان العرب: ١٠/ ٢٩١.

فصل
[في أصناف الرهن]

الرهن خمسة أصناف:

فالأول: ما يجوز بيعه وملكه؛ فرهنه جائز على الإطلاق، كان شرطاً في أصل العقد أو بعده.

والثاني: ما يجوز ملكه ولا يجوز بيعه في بعض الأحوال لمكان الغرر، كالثمر قبل بدو صلاحه، والآبق، والبعير الشارد، والجنين في بطن أمه؛ وهذا يجوز رهنه في أصل القرض وبعد تقرره في الذمة ويجوز في البيع بعد العقد، واختلف في جوازه في أصل العقد.

والثالث: ما يجوز ملكه ولا يجوز بيعه وليس لمكان الغرر، كأم الولد، وجلود الميتة قبل دباغها، وعظام الفيل.

والرابع: ما لا يجوز ملكه، كالخمر، والسم وما أشبه ذلك؛ فهذان الصنفان لا يجوز رهنهما، لأن فائدة الرهن بيعه عند العجز عن الوفاء وهذه لا يجوز بيعها.

والخامس: ما اختلف في جواز بيعه، كجلود الميتة بعد الدباغ، وكجلود السباع قبل الدباغ وبعده، وكلب الماشية والصيد والزرع، فمن أجاز بيعها أجاز رهنها، ومَن منع البيع منع الرهن .

ورهن منافع المدبر ورقبته مفترقة؛ فإن أرهن خدمته مدة معلومة يجوز بيعها ليؤاجر المرتهن تلك المدة؛ جاز في عقد البيع وبعده، وإن رهن جميع خدمته؛ جاز بعد العقد، ويختلف فيه إذا كان في العقد. وإن رهن رقبته على أنه إن مات الراهن ولا مال بيع له المدبر وكان في أصل العقد؛ كان على/ الخلاف (ف) ٣١١/ب

في رهن الغرر، لأنه لا يباع له الآن ولا يدري متى يموت السيد، ولا هل يحيى المدبر إلى موت السيد. وإن رهن رقبته الآن ليباع الآن؛ لم يجز.

ويختلف هل يعاد حقه في الخدمة ويباع له وقتا بعد وقت حسبما يجوز من بيعها؟.

وقد اختلف فيمن ارتهن داراً ثم ثبت أنها حبس، فقيل: لا شيء له من غلتها؛ لأنه إنما أرهنه الرقية[١]. وقيل: يكون له ما يصح للراهن ملكه منها، وهي المنافع التي حبست عليه، وكذلك المدبر.

واختلف في رهن الجنين؛ فمنعه في كتاب الصلح[٢]، وأجازه ابن ميسرة، وهذا إذا كان في أصل عقد البيع.

واختلف إذا اشترط منفعة الرهن وكان مما يسرع إليه التغير؛ كالثياب والحيوان وقد تقدم.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن باع سلعة بحميل على أنه إن مات المشتري أو الحميل فالحمالة ساقطة: فأجازه أصبغ[٣].

وفي المدونة: إذا كانت الحمالة إلى خروج العطاء؛ لا بأس، وإن لم يكن المعطي معروفاً إذا لم يكن في أصل البيع إنما هو سلف أو دين؛ أنظر به[٤].

وإذا فسد البيع للغرر في الحمالة فسد لمثل ذلك في الرهن؛ فأجازه لأن الرهن والحمالة خارجان من الثمن والثمن معلوم، ووجه المنع؛ لأن البائع حط

---

(١) هكذا بالمخطوط: (ف)، ولعل الصواب: رقبة.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٨٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٣٠.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٢١.

من الثمن لأجلها. ويجري فيه قول آخر: أنه إن رضي البائع بإسقاط الحمالة والرهن؛ جاز.

فصل
[فيمن ارتَهَنَ ثَمَرةً لم يبد صلاحها]

يجوز رهن الثمرة إذا كان طيبها عند محل الأجل، أو إيقاف ثمنها إن بيعت؛ جاز، وإن اشترطا بيعها إذا طابت وأن ينقد ثمنها، وكان ارتهنها في أصل عقد البيع؛ لم يجز، لأن البائع دخل على أن الثمن مترقب لا يدري متى يتعجله إن هلكت الثمرة تأخر جميع الثمن، وإن سلمت لم يبلغ ما تباع به.

وإن كان رهناً بعد العقد؛ جاز أن يشترط يعجل[1] ثمنها، إلا أن يشترط أنما[2] عجز من ثمرة هذا العام قبضه من ثمرة قابل؛ فلا يجوز، لأن الراهن لم يرض بتعجيل ثمن هذا إلا لما يرجى بالباقي بعد محل أجله، وإن رهنت بعد عقد البيع وكان طيبها بعد محل الأجل، فإن رهنه على أنه مأخوذ بالقضاء عند محل الأجل فما عجز أخذ من الثمرة إذا طابت؛ جاز.

وإن شرط أن يؤخر عند الأجل ليقبض من الثمرة لم يجز؛ لأنه لم يرض بتأخيره إلا لمكان ما وثقه من ذمته.

فصل
[فيمن ارتهن عصيراً فصارت خمراً]

وإن ارتهن عصيراً فصارت خمراً؛ أهريقت، فإن غفل عنها حتى عادت

---

(١) هكذا بالمخطوط ولعل الصواب: أن يعجل.

(٢) هكذا بالمخطوط ولعل الصواب: (أن ما)؛ لأن (ما) هنا اسم موصول ولا يصح وصله في الكتابة بـ(ما) النافية.

خلًّا بقيت في الرهن. وإن كان الراهن نصرانياً رهن عصيراً فصار خمراً؛ أسلم إليه ولم يهرق، وإن عاد خلًّا أو خلله ؛ انتزعت عنه وردت في الرهن.

وقال ابن القاسم: إذا كان العصير ليتيم فصارت خمراً؛ يرفعها إلى السلطان فيأمر بها فتهراق، خوف أن يتعقب فيطلب بها[1]. يريد: إذا كان حاكم الموضع يحكم ببقائها أو يخللها، وإلا فليس ذلك عليه . وفي كتاب مسلم: «سئل النبي ﷺ عن الخمر تتخذ خلاً؟ فقال: **لا**»[2] .

❊ ❊ ❊

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٦١.

(٢) أخرجه مسلم: ١٠/ ١٨٩، في باب تحريم تخليل الخمر، من كتاب الأشربة، برقم (٣٦٦٩).

باب
في الرهن يتعدى في الرهن بالبيع أو العتق أو غيره أو يقر أن الرهن لغيره أو أنه جنى جناية

ومن أرهن رهناً لم يكن له أن يتصرف فيه بالبيع، أو العتق، أو التدبير، أو الكتابة، أو الإيلاد إن كانت أمة، أو الهبة قبل الحوز ولا بعده؛ إلا أن يعجل ذلك الدين.

واختلف إذا فعل ذلك بعد القبض وهو موسر، هل يحمل فعله على الوجه الجائز والرضا بتعجيل الدين، أو على التعدي؟ فقيل: ذلك رضا بتعجيل الدين، فإن باع بأقل من الدين ؛ كان عليه أن يعجل جميع ذلك الدين. وإن أعتق، أو دبر، أو كاتب، أو أولد، أو وهب وقيمة العيب أقل من الدين؛ كان عليه أن يعجل جميع ذلك الدين ويمضي فعله في ذلك كله. وقيل: لا يحمل للرضا بالتعجيل. وإن باع بأقل من الدين؛ خُير المرتهن بين أن يجبر البيع ويأخذ ما بيع به، أو يرد، فإن أعتق وكانت أقل من الدين؛ كان عليه قيمة العيب.

قال ابن القاسم: إذا أعار عبداً ثم أعتقه ولا فرق بين العارية وغيرها؛ لأنه لا خلاف أن ليس له أن يفيته إلا أن يتعجل الثمن[(١)].

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: تعديه في العتق كتعديه في البيع[(٢)].

وقال أبو محمد عبد الوهاب عن الأبهري: إذا أعتق فأراد الراهن أن يعطيه

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٣.

رهناً آخر إلى الأجل؛ جاز[(١)]، وكذلك ينبغي إذ [...][(٢)] الولد ألا يكون عليه إلا قيمة الأمة إن كانت أقل من الدين، وإن دبر أو كاتب بقي في الرهن على حاله.

وقيل: الكتابة كالعتق، بخلاف التدبير[(٣)]، وعلى هذا إن وهب قيل للمرتهن: إما أن تمضي الهبة، ويبقى دينك إلى أجله، أو ترد الهبة ويبقى في الرهن، مثل قولي أشهب في البيع أنه يخير المرتهن بين أن يمضي البيع ولا شيء له من ثمنه، أو يرد ويبقى في الرهن، ويحلف الراهن في جميع ذلك أنه لم يفعل ذلك على وجه الرضا بتعجيل الدين.

وإن حل الأجل وهو موسر؛ قضى ما عليه ومضى فعله على صفة ما عقد، وإن كان معسراً بيع في الدين.

وقد اختلف فيمن اشترى على صفة الخيار ثم باع أو أجبر، وقال: فعلت ذلك على التعدي ولم أرض بالبيع، هل يحمل على الرضا ويلزم الثمن، أو يحلف ويرد/ ويعجل الدين، وإنفاذ العتق يصح إذا كان للدين عيناً. (ف) ٣١٢/أ

وقال سحنون: إذا كان عرضًا؛ المرتهن بالخيار إن شاء تعجل دينه وسلم، وإن شاء حبسها رهناً إلى الأجل[(٤)].

وأرى أن الحكم بتغليب أحد الضررين أن لا يتعجل مكانها رهناً وينفذ العتق وحكم الإيلاد إن كانت ولدت.

---

(١) انظر: المعونة: ٢/ ١٥٥.

(٢) في (ف) مكانها بياض.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٥.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٥.

فصل
[فيمن أعار عبداً ليرهنه ثم أعتقه بعد الحوز وهو موسر]

واختلف إذا فعل ذلك قبل الحوز كالاختلاف الأول، فقال ابن القاسم في العتبية: إن باع قبل الحوز أو أعتق أو وطئ أو وهب أو تصدق وكل ما صنع فيه من شيء وهو موسر؛ جائز ويؤخذ ما عليه من الدين ويقضى صاحبه، وإن لم يكن موسراً لم يجز منه شيء إلا أن يولد أو يبيع[1]، وحمل أنه فعل ذلك على ما يجوز. وقيل: كل ذلك ليس برضا ولا يعجل الدين.

ويختلف بعد القول أن ذلك ليس رضا في البيع، هل يتعجل الثمن الذي بيع به، أو يوقف، أو يأخذه الراهن ولا شيء للمرتهن فيه؟.

وقال أشهب في كتاب محمد: أما الكتابة والتدبير فللمرتهن أن يقبض رهنه بحوز وهو مكاتب ومدبر، وتكون الكتابة رهناً ولا تكون خدمة المدبر رهناً. قال محمد: والكتابة قبل الخدمة[2].

يريد: فيأخذ السيد كلما حل نجم، فإن أدى كان حراً ولا شيء للمرتهن فيه، وإن عجز كان رهناً، وعلى القول الأول يكون للمرتهن أن يأخذ كلما حل نجم من دينه لا فائدة في وقفه، فإن وفَّى أو عجل الكتابة كان حرًّا وإن كان الدين أكثر من الكتابة، وإن عجز كان رهناً في الباقي.

وأما المدبر فإن حل الأجل وهو معسر؛ لم يبع له ويكون موقوفاً في الرهن حتى يموت الراهن فيباع له إن لم يخلف شيئاً، وليس كذلك إذا كانت الكتابة

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٧٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٤.

والتدبير بعد الحوز على القول أنه ليس بوصي فإنه لا يمضى جزيتها إلا بعد قضاء الدين.

وإن حل الأجل والسيد معسر بيع المدبر ولا حجة له؛ لأن السيد إنما التزم التدبير على هذا الوجه، وأما المكاتب فيكون للمرتهن على قول أشهب أن يقبض كل ما حل من نجومه، فإن وفَّى الكتابة ولم يوف الدين؛ لم ينفذ له حريته على الأجل فيقبض من الراهن تمام دينه، فإن لم يوجد له شيء بيع من المكاتب على أنه مكاتب بقدر ما بقي، فإن لم يوف وإلا عجزه؛ بيعت رقبته على قول محمد أن الكتابة غلة يقبض السيد كل ما يحل من نجومه ولا ينفذ له حرية، فإن أدى السيد الدين بعد محل الأجل، وإلا بيع والعبد في كلا القولين في الخيار بين أن يمضي على الكتابة على مثل ذلك أو يرد؛ لأن عليه في ذلك ضرراً، إلا أن تكون الكتابة على مثل الخراج، فإن أولد تعديا وهو معسر وفيها فضل؛ بيع منها الآن بقدر الدين ويعتق الباقي، وقال أشهب: يؤخر إلى محل الأجل فإن لم يكن له مال بيع جميعاً؛ لأنه لا تكون بعض أم ولد، وهذا إذا أصابها وهي في حوز المرتهن ولا يتصرف[1].

واختلف إذا كانت تتصرف في حوائج المرتهن، فقال مالك: هي أم الولد للراهن وقد خرجت من الرهن[2].

وقال في كتاب محمد: إن لقيها الراهن فوطئها فحملت فأرى أن تباع وليس على الولد سبيل؛ لأنه لم يدخل في رهنه[3]، فهذا أحسن.

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٥.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٥٧، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٥.

واختلف إذا كانت على يد عدل فسلمها العبد فحملت منه وهو فقير، فقال ابن القاسم في العتبية: الأمين ضامن لقيمتها يوم حملت وليس لجميع الدين، ويتبع الأمين السيد، إلا أن يكون الأمين فقيراً فيكون المرتهن أحق بالجارية إذا لم يعلم(١)، وعلى قول محمد لا يكون للمرتهن عليها سبيل، وإن كانا فقيرين الراهن والعدل؛ لأنه قال: إذا كانت قائمة العين بيد الراهن ضرب المرتهن فيها مع الغرماء ولم يكن أحق بها، وإن وطئها المرتهن حُدَّ وعليه ما نقصها إن كانت بكراً، طاوعته أو أكرهها، وقيل: لا شيء عليه إذا طاوعته، والأول أحسن؛ لأن طوعها يتعلق به حق الله وحق للسيد وهو ما نقصها، وطوعها على سيدها لا يسقط حقه.

وقال أشهب في كتاب محمد: إذا وهب الراهن قبل الحوز وهو موسر كان المرتهن أحق به(٢). وقال أشهب: إن كان حاز ما يعجل الدين؛ لأنه فرط، وإن كان معسراً كان المرتهن أحق به، وإن لم يجزه الموهوب له حتى قاما جميعاً(٣).

قال محمد: فذلك عند أشهب مثل إذا حازه ؛ فيكون للمرتهن أن يتعجل حقه وتمضي الهبة، وأجرى الجواب على أصله إذا وهب ثم وهب فجاز الثاني إلا أن يعجل له الدين.

وقال مالك فيمن أعار عبداً ليرهنه ثم أعتقه بعد الحوز وهو موسر: كان عليه أن يعجل الأقل من قيمته والدين، على القول الآخر يعجل الدين وإن كان أكثر من قيمته، والأول أصوب.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ١٣١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٤.

فصل
[فيمن رَهنَ عَبداً فأعتقهُ وهو في الرَّهن]

وإذا أعتق الراهن بعد حوز الرهن وهو معسر، فقال العبد أو أجنبي من الناس: خذوا دينكم ولا يرد في الرق؛ كان ذلك له ولا مقال للمرتهن، وإن قال الأجنبي أو العبد: إنما قضيت لأرجع على السيد؛ كان ذلك له، لأن السيد رضي أن يعتق ويبقى الدين في ذمته يتبع له، فهم يتبعونه بما رضي أن يتبع به.

وقال أبو الزناد في العبد: ليس له ذلك ولا يجيء قوله على أصل المذهب(١).

واختلف فيمن رهن رهناً، فقال: إن مضت هذه السنة ولم أقض فقد خرج من الرهن.

فقال ابن القاسم: ليس برهن في السنة ولا بعدها(٢).

وأرى أن يكون رهناً/ إن قيم عليه في السنة ولا يكون بعدها، وإن قال: (ف) ٣١٢/ب
هو رهن في السنة الثانية دون الأولى كان كما شرط، فإن فلس في السنة الأولى دخل عليه فيه الغرماء، وإن فلس في السنة الثانية كان أحق به.

وقال محمد: إذا قال له الراهن أنا مبدى منه بمائة دينار؛ كان كما شرط ويكون المرتهن أحق بما زاد على المائة، فإن لم يوف بدينه ضرب بالباقي مع الغرماء في تلك المائة، وإذا أقر الراهن بعد الحوز وهو موسر أن الرهن لفلان؛ كان للمقر له أن يأخذه ويتعجل الراهن الدين، وإن كان معسراً لم يجز إقراره وكان المقر له بالخيار بين أن يضمن للراهن قيمته أو يؤخر ذلك إلى الأجل،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٥.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٦٠.

فإن كان معدماً بيع للمرتهن وكان المقر له بالخيار بين أن يتبع الراهن بقيمته يوم تعدى أو بما بيع، ولو لم يتعد وقال: عملت بذلك بعد الرهن؛ لم يكن عليه أن يتعجل الدين، ولم يكن للمقر له على الرهن سبيل حتى يحل الأجل فيقضي الدين؛ لأن المقر يقول: لم أتعد في الرهن فيلزمني تعجيل الدين، والمرتهن يقول: لا يجوز إقراره علي بما يخرج الرهن ولم أقبض الدين، فإن حل الأجل والغريم معسر؛ بيع ولم يتبع الراهن بما بيع به، ولا ينظر إلى قيمته يوم كان وضع الراهن يده عليه.

وإن أقر أنه جنى عند المرتهن؛ لم يجبر على أن يفتديه، ولم يجز إقراره على المرتهن إن قال: أنا أسلمه ولا أفتديه ويبقى في الرهن، فإن حل الأجل وهو موسر قضى الدين وأخذه المقر له بالجناية، وإن كان معسراً بيع في الدين وأتبعه المجنى عنه بقدر ما قضى عنه من الدين، وإن اعترف أنه جنى قبل الرهن ولم يعلم حتى خفي رهنه؛ فكذلك إن كان عالماً وقال: أفتديه؛ كان كإقراره أنه لفلان.

قال ابن القاسم: يجبر على أن يعجل الدين ويأخذ المقر، وإن كانت الجناية أكثر من قيمته كان للمجني عليه أن يحلفه أنه لم يرهنه رضاً بتحمل الجناية، وإن كان معسراً بيع في الدين واتبعه المقر له بالأكثر من قيمته يوم رهنه أو بما بيع به.

وقال ابن القاسم فيمن غصب عبداً ثم جنى عنده ثم رده إلى سيده: فإن سيده بالخيار بين أن يضمن الغاصب ثم يكون الغاصب بالخيار بين أن يفتديه أو يسلمه، وإن أحب سيده أن يفتديه من المجني عليه ولا يتبع الغاصب بشيء[1].

وأرى أن الجناية لما لم تكن من الغاصب كانت كعيب نزل به لا سبب

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٣/ ٣٦٣.

للغاصب فيه فكان المغصوب منه بالخيار بين أن يأخذه بعيبه ولا شيء له أو يضمن.

وقال أشهب: المغصوب منه بالخيار بين أن يسلمه في الجناية أو يفتديه ويرجع في كلا الأمرين على الغاصب بالأقل من قيمة العبد أو قيمة الجناية؛ لأن الغاصب لا ينفك من ذلك فإما أن يفتديه أو يسلمه لسيده فهو يغرم الجناية أو يسلمه في الجناية فهي قيمة.

فصل
[في رهن المشاع]

وإذا ارتهن رجلان من رجل داراً ثم قضى الراهن أحدهما كان له أن يغرم في حصته من الرهن ثم يختلف هل يكون يد الراهن مع الباقي منهما أو يجعل وكيلاً مقامه، وقد تقدم ذلك في أول الكتاب في رهن المشاع فإن أرهن رجل من رجلين ثم قضاه أحدهما جاز أن تكون يده معه في نصيبه من الرهن.

❊ ❊ ❊

باب
فيمن تصدق أو حبس على بنيه وهم صغار أو كبار فيحوز بعض ذلك

وإذا تصدق أو حبس على صغار بنيه بدار أو دور ثم سكن بعض ذلك فإن سكن النصف وحاز النصف؛ بطل ما سكن وصح ما لم يسكن، وإن سكن اليسير صح الجميع، وإن سكن الكثير بطل الجميع وهذا مذهب ابن القاسم وأشهب فأما الأكثر فلا خلاف فيه فإنه يمضي إن حيز ويبطل إن لم يحز[1].

واختلف في القليل في أربعة مواضع: إذا سكن الكثير من الصدقة أو الحبس وكان الأقل محوزاً بيد غيره، أو سكن القليل من الصدقة والأكثر بيده، أو كانوا كباراً فسكن القليل وحازوا الكثير وهل الدور كالدار في مراعاة القليل والكثير، أو تراعى كل دار في نفسها.

فقال محمد: قال ابن القاسم وأشهب في الحبس إن سكن القليل جاز جميعه فإن سكن الأكثر بطل جميعه قال وسواء عندهما حاز ما بقي هو بنفسه أو حازه غيره[2].

وقال عبد الملك: إن حاز البعض صح ذلك البعض، وإن قل وإن سكن القليل والباقي محوز بيد غيره بطل ما سكن، قال: وإنما يترك سكنى العامل في الحبس لأجل حيازة ما لم يسكن بحسن نظره وتعاهده وإصلاحه وحفظه وذلك إنما إذا كانوا صغاراً كلهم[3]، وأما الصدقة فإن سكن البعض ليحوز ما

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٦٦، والنوادر والزيادات: ١٢/ ١١٥، ١١٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١١٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١١٧، ١١٨.

بقي بطل ما سكن وإن قل فجعل الأتباع مراعاة في نفسها فتصح إن حيزت وتبطل إن لم تحز إلا في القليل من الحبس فإنه في معنى الأكثر لقيامه(١).

وقال سحنون: إذا كانوا كباراً فقبضوا لأنفسهم وسكن البعض بطل ما سكن(٢)، يريد: وإن قل وهذا مثل قول عبد الملك إنه إنما يعفى عن سكناه القليل لأجل قيامه بالكثير والكبار ها هنا حازوا لأنفسهم ولم أر خلافاً في الكبار إذا حازوا القليل أنه يصح ويلزم على قول ابن القاسم وأشهب إذا حاز القليل الصغار أو حوزوه أجنبياً أن يبطل/ ما حازه الكبار إذا كان قليلاً. (ف) ٣١٣/أ

وقال أصبغ: إذا كانت دوراً فسكن داراً منها كبرت أو صغرت أو استغلها أو جلها فهي باطلة ويصح غيرها قل أو أكثر مما حازه للصغار أو حازه الكبار؛ لأن كل دار تصير كحبس على حدة وأما دار واحدة ذات منازل فإذا سكن منها يسيراً جازت كلها وإن سكن أكثرها أو استغلها جاز باقيها إذا حازه أو حوزه(٣).

قال: ويتفق هذا في الصغار والكبار(٤) وإن كانوا صغاراً أو كباراً فإن حاز الكبار الأكثر صح الجميع على مذهب ابن القاسم ولا يصح على قول عبد الملك ما لم يحز وإن حازوا القليل صح نصيبهم منه وبطل نصيب الصغار وعلى قول عبد الملك يصح نصيب الصغار؛ لأنه محوز عن الأب بطل ما سكنه الأب في جميع هذه الوجوه؛ لأنه الأكثر وإن سكن الأب بعضاً وحاز بعضاً وحاز

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١١٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٥٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٥٩.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٦٠.

الكبار بعضاً وكل ذلك قريب من السواء صح نصيب الصغار من جميع الصدقة على قول ابن القاسم؛ لأنه سكن أقل عطيتهم والأكثر محوز لهم بيده وبيد الكبار لم يصح من نصيب الكبار إلا ما حازوه لأنفسهم وبطل ما في يد الأب؛ لأنه الأكثر من صدقتهم وهو لا يصح أن يحوز لهم بخلاف الصغار.

❊ ❊ ❊

باب
فيمن رهن عبداً وله زوجة أو أمة
هل يمنع منها ومن أرهن أمة هل يزوجها

ومن رهن عبده لم يمنع من زوجته وإن كانت الزوجة ملكاً لسيده وأرهنهما جميعاً لم يمنع منها ...[١] في[٢] المدونة إذا أرهن جارية عبده أو أرهن العبد وأمته لم يكن له أن يصيبها فإن افتكها أو افتكهما حلت له[٣]، وأرى الرهن تعريض للانتزاع.

واختلف إذا رهن العبد دون أمته فقال محمد: له أن يصيبها[٤]، وقال محمد بن مسلمة: ذلك انتزاع فيمنع منها وإن افتكه فلا ترد إليه إلا برد جديد وشبهه بالبيع.

فصل
[في منع تزويج الأمة المرهونة]

ولا يجوز لمن أرهن أمة أن يزوجها، قال ابن القاسم: لأن ذلك عيب[٥].

واختلف إذا فعل فرضي المرتهن أو لم يرض فأجازه ابن القاسم في المدونة إذا رضي[٦].

(١) بياض في (ف).
(٢) كذا في المخطوط ولعل الصواب: (وفي).
(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٦٧.
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨٠.
(٥) انظر: المدونة: ٤/ ١٦٧.
(٦) انظر: المدونة: ٤/ ١٦٧.

وقال ابن يحيى: يفسخ وإن أجازه، يريد: إذا أجازه على أن يمنع منها حتى يفتك.

وقال ابن القاسم في الدمياطية: السيد ضامن لقيمتها، وقال أشهب: يفسخ ما لم يدخل فإن دخل بعلم المرتهن فسد الرهن وإن كان بغير علمه فالرهن بحاله ويحال بين الزوج وبينها ولا يفسخ ولها صداق مثلها إن كان أكثر مما أصدقها(١).

وقال محمد بن عبد الحكم: يفسخ وإن دخل لتأخير الوطء؛ لأن ذلك نقص في الرهن وقد يساوي مائة وبعد التزويج خمسين، فإن فسخ كان صداقها رهناً معها، وإن نقص الاقتضاض أكثر مما أخذ في الصداق غرم ذلك السيد ووقف مع الصداق(٢). انتهى قوله.

قال الشيخ رضي الله عنه: الإجارة على أن يمكن الزوج منها جائزة، وعلى أن يمنع منها حتى يفتك لا تجوز، وأما الصداق؛ فالسيد على القول أنه كمالها؛ لأن مالها لا يدخل في الرهن إلا باشتراط، وإن كانت بكراً كان للمرتهن منه قدر ما نقصها والفاضل للسيد، وإن كان أقل أتم السيد، وقول ابن عبد الحكم أنه يوقف معها؛ فعلى القول أنه ثمن لبضعها.

* * *

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٠٧.

باب
فيمن أرهن جارية بمائة ثم أقرضه مائة على أنه يرهنه رهناً بالدينين جميعاً

وقال مالك فيمن له على رجل خمسمائة وبها رهن جارية قيمتها خمسمائة ثم أقرضه خمسمائة على إن أرهنه رهناً بألف قيمته ألف قال لا خير فيه[١]، وأجازه محمد فيمن له دين رهن، فقال الغريم قبل الأجل زدني في الأجل وأزيدك رهناً فإن كان الرهن الأول فيه وفاء لا شك فيه جاز[٢].

والأول أحسن إذا لم يحل الأجل؛ لأن الطالب لا يريد قرضاً ليزيده رهناً إلا لأمر يتخوفه من الأول، ولو حل الأجل وهو موسر أو معسر وفي الرهن وفاء جاز أن يقرضه برهن يرهنه بالدينين جميعاً؛ لأن التخوف حينئذ إنما هو فيما يكون في المستقبل وقد كان له أن يأخذ حقه حالًّا.

وقال مالك في كتاب محمد في رجلين ارتهنا رهناً من رجل ثم أنظره أحدهما سنة وقام الآخر ببيع الرهن فإن كان ينقسم ولا ينقص حق الذي قام بحقه بيع له نصف الرهن وإن خيف أن ينقص بيع كله وأعطي حقه من ذلك فإن كاتب نفس الذي أنظره دفع بقية الثمن للراهن وإلا حلف أنه لم ينظره إلا ليوقف رهنه على حاله وأعطي حقه[٣].

وقال مالك في المستخرجة: إلا أن يأتي الراهن برهن فيه وفاء بحق الذي أنظره فيكون له أخذ ثمن الرهن إلى الأجل[٤].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٨٢، ١٦٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٩٣، ١٩٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢١٩.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٦٩، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٢١٩.

(ف ٣١٣/ب)

/ باب
في رهن الدين

رهن الدين جائز، وحيازته أن يأخذ المرتهن ذكر الحق ويجمع بينه وبين الغريم، فإن لم يكن ذكر حق فيجمع بينه وبين الغريم ويقدم إليه بحضرة البينة، ألا يقبضه إياه حتى يصل إلى حقه، فإن فعل كان متعدياً وغرم ذلك الدين ثانياً؛ فإنه أتلفه على المرتهن إلا أن يكون حقه أقل، وإن كان الغريم غائباً ولا كتاب عليه فالإشهاد يجزئ وفيه اختلاف.

وإن أرهنت امرأة صداقها دفعت الصداق للمرتهن وجمعت بينه وبين الزوج، ويصح أن يرتهن الرجل ديناً في ذمته ويحوزه من نفسه لنفسه وليس على الطالب أن يدفع إليه ذكر الحق؛ لأنه يخشى أن يجحده؛ فيتلف حقه ولأن قبض المرتهن للكتاب إنما هو ليقبض به، وهذا مستغني فيه في هذه المسألة، فإن باعه سلعة بثمن إلى أجل على إن ارتهن ذلك الدين فكان أجل الدينين سواء ـ جاز البيع.

وكذلك إذا كان حلول الدين الآخر قبل، فإن وفى الراهن وإلا بيع ذلك الدين وقضى المرتهن، إلا أن يكون ذلك الدين طعاماً من سلم فيؤخر إلى محل الأجل، وإن كان محل الأجل قبل وشرطا بقاءه في الذمة حتى يحل الأجل الآخر لم يجز ويدخله بيع وسلف، وإن شرطا أن يخرج إذا حل ويوقف عند عدل جاز، وإن لم يشترطا بقاءه ولا إخراجه جاز ويخرج من الذمة إذا حل فيوقف.

تم كتاب الرهن بحمد الله وحسن عونه
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً

كتاب الغصب

النسخ المقابل عليها:

١ـ (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

٢ـ (ق٩) = نسخة القرويين رقم (٣٦٩)

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب الغصب

باب
في تحريم الغصب والتحذير منه

أخذ الأموال من غير رضا أربابها من غصب أو تعدٍّ(١)، أو خيانة، أو اختلاس، أو انتهاب، أو سرقة، مُحرَّم بالقرآن والسُّنة والإجماع.

فأمَّا الكتاب فقوله سبحانه: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ** ﴾ [النساء:٢٩].

وأكل المال بالباطل على وجهين؛ أحدهما: أخذ المال بغير رضا المالك كالغصب والتعدي وغير ذلك مما تقدم ذكره.

والآخر: أخذه برضا على وجه محظور(٢) كالقمار وأجرة الملاهي والغناء والنياحة وثمن الخمر والخنزير وما أشبه ذلك، وقوله تعالى: ﴿ **وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ﴾ [المائدة:٣٨].

---

(١) قوله: (من غصب أو تعدٍّ) ساقط من (ف).

(٢) في (ف): (محضور).

وقوله سبحانه: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ﴾ [النساء:١٠].

وأمَّا السُّنة فقول النبي ﷺ: «كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ؛ دَمُهُ وَعِرْضُهُ وَمَالُهُ» أخرجه مسلم(١)، وقوله في حجة الوداع: «فإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا» أخرجه البخاري ومسلم(٢).

فصل
[في جزاء الغصب]

ومن غصب شيئاً أتى به يوم القيامة ثم عُذِّب به، قال الله تعالى: ﴿ وَمَن يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ﴾ [آل عمران:١٦١]، وقال في مانع الزكاة: ﴿ يَوْمَ يُحْمَىٰ عَلَيْهَا فِى نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَىٰ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وَظُهُورُهُمْ ﴾ [التوبة:٣٥]، ومانع الزكاة غاصب للمساكين القدر الذي أمر أن يعطيهم(٣) إياه، وقال الله سبحانه: ﴿ سَيُطَوَّقُونَ مَا بَخِلُوا بِهِۦ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ﴾ [آل عمران:١٨٠] وقال النبي ﷺ: «مَنْ ظَلَمَ قِيدَ شِبْرٍ مِنْ الأَرْضِ طُوِّقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلَى سَبْعِ أَرَاضِين» أخرجه البخاري ومسلم(٤).

---

(١) أخرجه مسلم: ٤/ ١٩٨٦، في باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، من كتاب البر والصلة والآداب، برقم (٢٥٦٤).

(٢) متفق عليه، البخاري: ١/ ٣٧، في باب قول النبي ﷺ «رب مبلغ أوعى من سامع»، من كتاب العلم،، برقم (٦٧)، ومسلم: ٣/ ١٣٠٥، في باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، من كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، برقم (١٦٧٩).

(٣) قوله: (يعطيهم) في (ف): (يطيبهم).

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٨٦٦، في باب إثم من ظلم شيئا من الأرض، من كتاب =

وقال أبو هريرة: قام فينا رسول الله ﷺ[1] يذكر الغلول وعظم أمره فقال: **«لَا أُلْفِيَنَّ أَحَدَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى رَقَبَتِهِ شَاةٌ لَهَا ثُغَاءٌ، وَعَلَى رَقَبَتِهِ فَرَسٌ لَهَا حَمْحَمَةٌ يَقُولُ: يَا رَسُولَ الله، أَغِثْنِي، فَأَقُولُ: لَا أَمْلِكُ لَكَ شَيْئاً قَدْ أَبْلَغْتُكَ، وَعَلَى رَقَبَتِهِ بَعِيرٌ لَهَا رُغَاءٌ يَقُولُ: يَا رَسُولَ الله، أَغِثْنِي فَأَقُولُ: لَا أَمْلِكُ لَكَ شَيْئاً قَدْ أَبْلَغْتُكَ، وَعَلَى رَقَبَتِهِ صَامِتٌ فَيَقُولُ: يَا رَسُولَ الله، أَغِثْنِي فَأَقُولُ: لَا أَمْلِكُ لَكَ شَيْئاً قَدْ أَبْلَغْتُكَ»**[2] أخرجه البخاري ومسلم[3]، في بعض طرقه: **«عَلَى رَأْسِهِ رِقَاعٌ تَخْفِقُ»**.

وقال في مِدْعَم: **«إِنَّ الشَّمْلَةَ الَّتِي أَصَابَ يَوْمَ خَيْبَرَ لَمْ تُصِبْهَا الْمَقَاسِمُ لَتشْتَعِلُ عَلَيْهِ نَاراً»**[4]، وقال: **«دَخَلَتْ امْرَأَةٌ النَّارَ فِي هِرَّةٍ رَبَطَتْهَا وَلَمْ تُطْعِمْهَا حَتَّى مَاتَتْ جُوْعًا»**[5]، وقال: **«إِنَّ الْهِرَّةَ تَخْدِشُهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ»**[6].

= المظالم، برقم (٢٣٢١)، ومسلم: ٣/ ١٢٣١، في باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، من كتاب المساقاة، برقم (١٦١٢).

(١) قوله: (من ظلم قيد شبر... ﷺ) ساقط من (ف).

(٢) قوله: («لا ألفين أحدكم يوم القيامة... لا أملك لك شيئا قد أبلغتك») في (ف): (لايأتين أحدكم فيقول يا رسول الله غثني، فيقول لا أملك لك شيئًا قد أبلغتك).

(٣) متفق عليه، البخاري: ٣/ ١١١٨ في باب الغلول، من كتاب الجهاد والسير، برقم (٢٩٠٨)، ومسلم: ٣/ ١٤٦١ في باب غلظ تحريم الغلول، من كتاب الإمارة، برقم (١٨٣١).

(٤) متفق عليه، البخاري: ٤/ ١٥٤٧ في باب غزوة خيبر من كتاب المغازي، برقم (٣٩٩٣)، ومسلم: ١/ ١٠٨، في باب غلظ تحريم الغلول وأنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون، من كتاب الإيمان، برقم (١١٥).

(٥) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٣/ ١٢٠٥، في باب خمس من الدواب فواسق يقتلن في الحرم من كتاب بدء الخلق، برقم (٣١٤٠)، ومسلم: ٤/ ٢١٠٩، في باب في سعة رحمة الله تعالى وأنها سبقت غضبه، من كتاب التوبة، برقم (٢٦١٩).

(٦) أخرجه البخاري: ٢/ ٨٣٣، في باب فضل سقي الماء، من كتاب المساقاة، برقم (٢٢٣٥).

باب
الحكم في التعدي

ومن المدونة قيل لابن القاسم: لو كسرت صحفة لرجل فصيرتها فلقتين، أو كسرتها كسراً غير فاسد، أو شققت ثوباً فأفسدت الثوب؛ شققته نصفين أو شقاً قليلاً، قال[١]: قال مالك في رجلٍ أفسد لرجل ثوباً: إن كان الفساد يسيراً رأيت أن يرفوه ثم يغرم ما نقصه بعد الرفو، وإن كان الفساد كثيراً أغرمه قيمته يوم أفسده، قال ابن القاسم: فإن قال رب الثوب لا أسلِّمه -وقد كان الفساد كثيراً- ولكن أتبعه بما أفسد، قال ذلك له، ولقد كان مالك - دهره - يقول لنا في الفساد: يغرم ما نقصه؛ ولا يقول قليلاً ولا كثيراً حتى وقف بعد، فقال هذا القول في الفساد الكثير[٢].

قال الشيخ: التعدي على أربعة أوجه: يسيراً لم يبطل الغرض المقصود[٣] منه، ويسيراً بطل ذلك منه، وكثيراً لم يبطل الغرض منه[٤]، وكثيراً بطل ذلك منه.

فإن كان التعدي يسيراً أو لم يبطل الغرض منه لم يضمنه[٥] بذلك، قال/ مالك: فإن كان ثوباً رفاه أو قصعة أصلحها وغرم ما نقصها بعد (ف) ٣١٤/أ الإصلاح[٦] فألزمه إصلاحه؛ لأن صاحبه لا يقدر على استعماله إلا بعد

---

(١) قوله: (قال:) زيادة من (ق٩).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٦٩.

(٣) قوله: (المقصود) ساقط من (ق٩).

(٤) قوله: (ويسيراً... الغرض منه،) ساقط من (ق٩).

(٥) في (ف): (يبطل).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٦.

إصلاحه وقد كان في مندوحة عن ذلك وليس ذلك من باب القضاء بالمثل في ما قلَّ قدره ولو كان ذلك ما غرم والنقص بعد الإصلاح؛ لأن من غرم مثل ما تعدى عليه لم يكن عليه غرم آخر وقد يكون قيمة الثوب سالماً مائة[(١)] ومعيباً تسعين ويغرم في رفوه عشرة، ثم تكون قيمته بعد ذلك خمسة وتسعون، فيغرم المتعدي خمسة، وقد لا يزيد الإصلاح في قيمته معيباً شيئاً، ومثل ذلك إذا حلق رأس محرم مكرهاً أنه يطعم عنه أو ينسك؛ لأنه أدخله في ذلك، فإن كان الحالق فقيراً افتدى المحرم ورجع عليه متى أيسر.

وقد اختلف في هذا الأصل هل يغرم الجارح أجر الطبيب؟ فقيل ذلك عليه فإن برئ على شين غرمه أيضاً، وهذا موافق لما تقدم في الرفو أنه على المتعدي، وقيل ذلك على المجروح، ويلزم على هذا إذا كانت الجناية على عبدٍ لا توجب غرم قيمته أن يكون علاجه على سيده، فإن برئ من غير شين لم يكن على الجارح شيء.

والأول أحسن أن على الجاني الرفو وأجرة الطبيب إلا أن يحب صاحب الثوب أن يغرمه قيمة العيب قبل الإصلاح فذلك له؛ لأن إصلاحه من مقال ربه لا عليه، فإن كانت الجناية كثيرة[(٢)] لم تبطل الغرض المقصود منه، كان حكمها حكم اليسير.

واختلف إذا كانت يسيرة[(٣)] وأفسدته وقد تقدم قول مالك في ذلك.

واختلف بعد القول إن له أن يُضمنه إذا أحب أن يأخذه هل له ما نقص

---

(١) قوله: (مائة) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (كثيرة) زيادة من (ق٩).

(٣) في (ق٩): (كثيرة).

العيب؟ فقال مالك وابن القاسم: ذلك له، وقال أشهب ومحمد: لا شيء له[١]؛ لأنه ملك أن يضمن فرضي به[٢] ناقصاً، وقاله ابن القاسم في كتاب الحد في القذف[٣].

والأول أصوب؛ لأنه يقول: آخذ ما وجدت من ملكي وأضمن ما لم أجد[٤] ولي غرض في الباقي أن لا أخرجه عن ملكي.

ويختلف إذا بطل باليسير الغرض المقصود منه والذي يكتسب لأجله هل يضمن جميعه قياساً على أحد قولي[٥] مالك في الكثير؟ فقال أبو الحسن بن القصار: إذا أبطلت الجناية الغرض المقصود منه ضمن جميعه، قال: فإن قطع ذنب حمار القاضي أو أذنه أو رماه بشيء حتى عرج[٦] ضمنه، قال: ومركوب القاضي والشاهد والكاتب وكل ما يعلم أن مثله لا يركب مثل ذلك فذلك سواء، وسواء كان حماراً أو بغلاً أو غيره ولا فرق بين المركوب والملبوس كقلنسوة القاضي وطيلسانه وعمامته وكذلك نظير القاضي ممن لا يعلم أنه لا يلبس ذلك المجني عليه ولا يستعمله فيما قصد إليه قال: هذه الرواية المشهورة عن مالك[٧]. يريد: أن ليس له أن يضمنه على أحد قولي مالك في التعدي أنه لا يضمن في الكثير.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٤، ٣٣٦.

(٢) في (ق٩): (فرضيه).

(٣) انظر المدونة: ٤/ ٤٧٩، فيمن له شقص في جارية فوطئها.

(٤) في (ق٩): (آخذ).

(٥) قوله: (أحد قولي) في (ق٩): (قول).

(٦) في (ف): (خرج).

(٧) انظر: عيون المجالس: ٤/ ١٧٣٢و١٧٣٣.

وفي كتاب ابن حبيب: لا يضمن إذا أفسد الأذن بخلاف الذنب[١]. والأول أصوب، وشين[٢] ذهاب الأذنين كثير لا يركبها أحد ممن تقدم ذكره.

وقال ابن الماجشون في ثمانية أبي زيد في الفرس تفقأ عينه: عليه ما نقصه فإن فقأ عينه ضمنه[٣]، وإن ضرب ضرع شاة أو بقرة فانقطع لبنها ضمنها إذا كان شأنها اللبن، وهو عظيم ما يراد منها، وتقتنى له.

ولو كانت رمكة[٤] أو ناقة أو حمارة فقطع ذنبها كان عليه ما نقصها؛ لأن هذه للركوب والحمولة أكثر ما يراد منها[٥].

وقال في كتاب ابن حبيب: ما نقصها[٦] لأن فيها منافع غير ذلك.

وإن جنى على عبدٍ ففقأ عينه أو قطع يده أو رجله ضمنه.

واختلف إذا فقأ عيناً أو قطع يداً؛ فقال مالك في المجموعة: يضمنه. وقال ابن القاسم في كتاب الديات في العين الواحدة والأصبع: لا يضمنه وعليه ما نقص[٧].

وقال مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب في اليد إن كان صانعاً: إنما معظم خراجه ونفعه في صنعة يده ضمنه، وإن لم يكن صانعاً كان عليه ما

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٧ و٣٣٨.

(٢) في (ف): (وتبين).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ١١٩.

(٤) الرَّمَكة: الفرس والأُنثى من البراذين التي تتخذ للنسل والجمع رَمَكٌ ورماك ورَمَكات وأَرْماك جمع الجمع. انظر: لسان العرب: ١٠/ ٤٣٢. بتصرف

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٧.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٨.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٧.

نقص وإن كان تاجراً نبيلاً، وإن فقأ عينه سواء كان تاجراً أو وغداً فإنما فيه ما نقص[١].

قال الشيخ: ولو كان صانعاً فقطع إصبعاً أو أنملة فعطل ذلك صناعته وخراجه ضمنه، وأمَّا جميع اليد فأرى أن يضمنه وإن كان من عبيد الخدمة، وكذلك إن قطع رجله؛ لأنه يذهب معظم تصرفه وقلَّ ما يستحب أن يتصرف عليه بمثل ذلك ويبقيه في ملكه.

وأمَّا العرج فإن كان خفيفاً ضمن ما نقص، وإن كان كثيراً فاحشاً ضمن جميعه، وإن أخصاه ضمن ما نقصه فإن لم ينقصه أو زاد في قيمته؛ لم يكن عليه شيء وعوقب على فعله ذلك، وقد قيل: إنه ينظر إلى تلك الزيادة، فإن كانت ثلث قيمته أو ربعها قدر ذلك، كأنه نقص من قيمته فغرمها؛ وليس بالبين[٢].

وإن تعدى على جارية وكانت من الوحش؛ كان الجواب فيها مثل ما تقدم في العبد، ينظر هل تعطلت منافعها؟ وإن كانت من العلي، فأفسد شيئاً من محاسن وجهها أو ثدييها أو غيره، حتى صارت لا تراد لما كانت تراد له ضَمِنَها./ (ف) ٣١٤/ب

* * *

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٧.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٨/ ٣١١، قد وجدنا هذا الرأي معزوا بالعتبية لابن القاسم؛ قال: من عدا على غلام فخصاه فزاد في ثمنه، يقوم على قدر ما نقص منه الخصاء، وقد فهمه ابن رشد على غير ما فهم اللخمي منه، فقال: ومعنى قوله: على قدر ما نقص منه الخصاء، أي ما نقص منه عند غير أهل الطول من الأعراب وشبههم الذين لا رغبة لهم في الخصيان، وقد فهمه خليل كما فهمه اللخمي وعزاه في التوضيح لهذا الموضع.

باب
الحكم في الغصب

وإذا كان المغصوب عبداً أو كان[(١)] قائم العين أو نقص سوقه أو في نفسه أو حدث به عيب بجناية أو غيرها أو مات أو قتل.

ومن غُصب عبداً ثم وجده قائم العين لم يتغير في سوقه ولا في نفسه ولم يطل مكثه في يد غاصبه لم يكن له إلا أخذه[(٢)].

واختلف إذا نقص سوقه أو طال مكثه ولم يتغير سوقه فلم ير ابن القاسم ومالك عليه في ذلك سوى تسليمه، فإن كانت قيمته يوم الغصب ألفاً، ثم عادت إلى خمسمائة لم يكن له إلا أخذه[(٣)].

وذكر ابن شعبان عن ابن وهب وأشهب وعبد الملك أن للغاصب أن يأخذه بأرفع القيم إذا هلك قال: لأن عليه أن يرده كل وقت ومتى لم يرده كان كغصبه[(٤)] حينئذ قال: وكذلك إذا كانت قيمته خمسين ثم بلغت ألفًا ثم عادت إلى خمسين[(٥)] وهلك فالقيمة عندهم على أرفع القيم، فجعل له أرفع القيمة مع وجود عينه وعدمها.

وأرى إن كان عبد قنية أن لا شيء له[(٦)] سوى عبده، وإن كان للتجارة أغرمه ربع ذلك؛ لأنه حرمه البيع بذلك بحبسه إياه.

(١) قوله: (أو كان) زيادة من (ق٩).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣١٦.
(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٧٣.
(٤) في (ق٩): (كمعتدٍ).
(٥) قوله: (ثم بلغت ألفًا ثم عادت إلى خمسين) ساقط من (ف).
(٦) في (ق٩): (عليه).

وقال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ فيمن غصب داراً فأغلقها أو أرضاً فبورها أو دابة فأوقفها -عليه الإجارة؛ لأنه منعه ذلك فعلى هذا يكون على الغاصب أرفع القيم إذا كان للتجارة؛ لأنه حرمه ذلك كما ألزم هذا الإجارة؛ لأنه حرمه إياها[١].

وقال مالك في الغاصب والسارق إذا حبسه عن أسواقه ومنافعه، ثم رده بحاله لم يكن لربه أن يضمِّنَه وإن كان مستعيراً أو متكارياً ضمن قيمته[٢].

وقال ابن القاسم: لولا ما قاله مالك لجعلت على السارق مثل ما أجعله على المتكاري وأضمنه القيمة إذا حبسها عن أسواقها[٣].

وقال ابن الماجشون في ثمانية أبي زيد: إذا غصب دابة من المدينة فركبها إلى مكة أو إلى سفر بعيد ثم ردها بحالها أو أفضل له أن يغرمه قيمتها أو يأخذها وكراء المثل، قال: وهو بمنزلة المكتري[٤] فحيث يلزم المكتري[٥] القيمة يلزم الغاصب؛ أمرهما واحد، قال: ولو حبسها في داره قدر ما لو سافر بها لزمته؛ لم تلزمه قيمة؛ ففرق بين أن يحبسها في البلد أو يخرجها عنه

وأرى له القيمة إذا قام عليها وهي غائبة[٦] وإن لم يتكلم على ذلك حتى عادت ألا قيمة له إلا أن ينزل سوقها أو تكون للتجارة فيكون قد حبسها عن أسواقها كما قال فيغرمه قيمتها في ذلك السوق.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٥.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٤٨٩، ٤/ ١٨١.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٢.

(٤) في (ف): (المشتري).

(٥) في (ف): (المشتري).

(٦) في (ف): (غايته).

فصل
[في ضمان الغاصب العيب اليسير]

واختلف هل يضمن الغاصب العيب اليسير؟ قال ابن القاسم: يضمن[١]، وقال في كتاب محمد فيمن غصب داراً فانهدم بعضها كان المغصوب منه بالخيار بين أن يسلم ما خرب ويأخذ قيمته أو يأخذه بلا نقصان، وإن انهدم أكثرها كان عليه أن يسلم العرصة ويأخذ قيمتها مبنية، وإن شاء حبسها كلها بلا نقصان له[٢].

ففرق بين القليل والكثير، وعند ابن الجلاب مثل ذلك أنه لا يضمن باليسير[٣]، وهذا بين ولا فرق في هذا بين الغصب والتعدي.

والقول إن الغاصب يضمن باليسير؛ لأنه كان ضامناً للرقبة بالغيبة عليها غير صحيح؛ لأنه لا[٤] يضمن بالغيبة في الحقيقة[٥] وإنما هو مترقب، فإن سلم لم يكن للمغصوب منه سوى عين شيئه.

وقد قال ابن القاسم فيمن تعدى على عبدٍ وخرج به إلى بلدٍ ضمن إن هلك، فإن حدث به عيب يسير ضمن ما نقص فلم يُضمنه باليسير وإن كان ضامناً للرقبة.

وقال ابن القاسم: فيمن غصب جارية وقيمتها ألف فزادت عنده حتى صارت قيمتها ألفين ثم ماتت أو قتلها، لم يكن له إلا قيمتها يوم الغصب وهي

(١) قوله: (يضمن) ساقط من (ف).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٠.
(٣) انظر: التفريع: ٢/ ١٣٩.
(٤) قوله (لا) ساقط من (ف).
(٥) قوله: (الحقيقة) ساقط من (ف).

ألف، فإن قطع الغاصب يدها ولم يحب المستحق أن يضمن كان له قيمة اليد يوم القطع، وإن ذهبت اليد بأمرٍ من السماء ولم يضمن لم يكن له في اليد شيء[(١)].

واختلف في جميع ذلك، فأما الموت فقد تقدَّم ذكر الاختلاف فيه، وقول أشهب وغيره أن له أن يأخذ بأعلى القيم، وأمَّا القتل فقال ابن القاسم في الدمياطية: له أن يأخذ بالقيمة يوم القتل[(٢)].

واختلف فيها قول سحنون في المجموعة فقال مرة: القيمة يوم الغصب، وقال مرة: يوم القتل[(٣)] قال: لأن القتل فعل حادث غير الأول[(٤)]. وهو أحسن.

وقال سحنون: إذا قطع يده عليه ما نقصه يوم الغصب.

وعلى قول أشهب ومحمد: لا شيء عليه؛ لأنه قد ملك أن يضمن[(٥)].

وأرى عليه الأكثر من قيمة ذلك النقص يوم الغصب أو يوم القطع، فإن كان يوم الغصب أكثر قال: أنا آخذه بحكم الغصب، وإن كان يوم القطع أكثر قال: أنا آخذه بالتعدي؛ لأنه اجتمع فيه إذن وتعدي فيه[(٦)] فيأخذه بأيهما شاء.

وإن حدث عيب من غير سبب الغاصب كان له على قول سحنون أن يأخذه بقيمة يوم غصب؛ لأنه قال القيمة إذا قطع يد العبد يوم الغصب وإن لم يأخذه بالتعدي وهو يوم جنى وكان الحكم عنده يوم الغصب تساوى في ذلك

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٦٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٤.

(٣) قوله: (واختلف فيها... وقال مرة: يوم القتل) ساقط من (ق٩).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٦.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٣.

(٦) في (ف) كلمة غير مقروءة.

ما كان من سبب/ الغاصب وغيره وهو أقيس؛ لأنه ضامن إن هلك من غير فعله[١]. (ف) ٣١٥/أ

وكذلك إن هلك بعضه وقياساً إذا تعدى عليه ليحبسه وقتاً ويرده على صاحبه أو يسافر به، فإنه ضامن لما أصابه من السماء فكذلك الغصب.

فصل
[فيمن غصب عبداً فقتله غير الغاصب]

ولو قتله غير الغاصب واختلفت القيم وكانت قيمته يوم الغصب مائة وقيمته يوم القتل ثمانون كان له أن يغرم الغاصب مائة ويرجع الغاصب على القاتل بثمانين وله أن يأخذ من القاتل ثمانين؛ لأنه غريم[٢] غريمه في ذلك الشيء ويرجع على الغاصب بعشرين إلا أن يريد بقبضه من القاتل رفع حكم الغاصب فلا يرجع عليه بشيء، وإن كانت القيمة يوم القتل مائة وعشرين كان له أن يطالب القاتل بذلك[٣].

واختلف إذا ابتدأ بالغاصب فأخذ منه مائة هل له أن يتبع القاتل بعشرين؟

فقال ابن القاسم: ليس ذلك له؛ لأنه إذا ضمن الغاصب كان التعدي بالقتل على الغاصب، وقيل ذلك له ولا ربح للغاصب[٤].

وقاله ابن القاسم أيضاً في كتاب السلم الثاني في تعدي الوكيل[٥].

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٣.

(٢) قوله: (غريم) ساقط من (ف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٧.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٤.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٩٩.

وكذلك إذا قطع أجنبي يده وكانت الجناية تنقصه يوم الغصب خمسة، ويوم الجناية عشرة، فيختلف إذا ضمن الغاصب وأخذ قيمة العبد يوم الغصب هل يأخذ الخمسة الفاضلة من القاطع؟

ويختلف إذا أخذ العبد مجنياً عليه[1]؛ فعلى قول ابن القاسم: يتبع بالجناية الجاني ولا شيء له على الغاصب؛ لأنه فيما بينه وبين الغاصب بمنزلة ما حدث بأمرٍ من السماء؛ لأنه ليس من سببه[2].

وعلى قول سحنون يكون له أن يأخذ الغاصب ما نقصته الجناية يوم الغصب، فإن كانت الجناية يوم الغصب عشرة ويوم الجناية خمسة أخذ من الغاصب عشرة واتبع الغاصب الجاني بخمسة، وإن كان يوم الجناية خمسة عشر كان له أن يأخذ ذلك من الجاني.

ويختلف إذا أخذ من الغاصب عشرة هل تكون له الخمسة الفاضلة عند الجاني ولا يربح الغاصب؟

* * *

(١) قوله: (إذا أخذ العبد مجنيًا عليه) في (ف): (في العبد يجنى عليه).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٤.

باب
فيمن غصب عبداً فباعه

وإذا باع الغاصب العبد ثم أتى صاحبه ولم يتغير سوقه[١] ولا تغير في نفسه كان بالخيار بين أن يجيز البيع أو يأخذه ويرجع على المشتري بالثمن.

وإن قتله المشتري عمداً أو خطأً أو قطع يده أو فعل ذلك به غير المشتري كان صاحبه بالخيار بين أن يبتدئ بالغاصب فيأخذ القيمة[٢] يوم الغصب أو الثمن أو القيمة يوم البيع على أحد قولي ابن القاسم[٣]؛ لأنه تعد ثان غير الغصب ويمضي البيع وتكون المطالبة للمشتري على من جنى عليه إن كانت الجناية من أجنبيٍّ، وإن أحبَّ المستحقُ أن يبتدئ بالمشتري فيأخذه بقيمةِ يوم قتله إن كان عمداً.

واختلف فيه إذا كان خطأً فعلى القولِ أن له أن يأخذَه بالخطأ يرجعُ المشتري على البائع، وعلى القولِ ألا شيءَ عليه تكونُ مطالبتُه على البائع.

وكذلك إذا قطعَ يده عمداً كان للمستحق أن يأخذَ العبد وما نقصته الجنايةُ ويرجعُ المشتري على البائعِ بالثمنِ.

ويختلفُ إذا كان القطعُ خطأً، وإن كانت الجنايةُ من أجنبي تساوي العمد والخطأ، فإن قتله أخذ منه قيمته، وإن قطع يده أخذ العبد والجناية من الجاني ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن، فإذا كان العبد قائم العين وأجاز المغصوب منه لزم المشتري إلا أن يكون المغصوب منه فاسد الذمة لحرام أو غيره.

(١) قوله: (ولم يتغير سوقه) ساقط من (ق٩).

(٢) في (ق٩): (ألفين).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٣.

واختلف إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى الغاصب، والغاصب فقير وقد أجاز المستحق الثمن فقيل: لا شيء له على المشتري، وقيل: يأخذ منه الثمن ثانية، وهذا يصح على القول إن العقد بيع، فيكون قد أجاز البيع دون القبض، وعلى القول إن البيع التقابض لا يكون له على المشتري شيء، فإن علم المشتري أن البائع منه غاصب وأحب رد البيع قبل قدوم المغصوب منه[1] لم يكن ذلك له إذا كان قريب الغيبة وذلك له إذا كانت الغيبة بعيدة؛ لأن عليه في وقفه في ضمانه حتى يقدم ضرر.

وإن اشتراه الغاصب من المغصوب منه بعد أن كان باعه لم يكن له أن يرد بيع نفسه.

وقال ابن القاسم: لأنه إنما يحلل صنيعه[2].

قال الشيخ: ولو كان قد قدم قبل أن يشتريه من المغصوب منه أنه يريد بذلك ملكه لا يتحلل صنيعه لكان له أن يأخذه، ولو كان باعه الغاصب بعشرة ثم اشتراه من المغصوب منه بثمانية كان للمغصوب منه أن يرجع عليه بدينارين؛ لأنه يقول لي في يده ثمن عبدي وهو عشرة كثمانية، ولو أعلمني لم أقبض ثمانية، وكذلك لو باعه هو بثوب لكان المغصوب منه بالخيار بين أن يجيز البيع بالثمانية دنانير أو يردها ويأخذ الثوب، وإن تغير الثوب بنقص كان له أن يأخذ ذلك النقص؛ لأنه غصب ثان ولو باعه المغصوب/ منه من الذي اشتراه (ف) ٣١٥/ب
من الغاصب بثمن مخالف للأول في القدر أو الجنس جاز، ويرجع المشتري على الغاصب بما كان دفع إليه.

(١) قوله: (منه) ساقط من (ف).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٨٦.

وإن كان الثمن الأول عرضاً ما لم يتغير سوقه برجوع المغصوب - بثمن ذلك العرض، ورجوع المشتري مختلف فيه فتفيته حوالة الأسواق وفي رجوع الغاصب، لأن المشتري سلطه عليه فإن باعه المغصوب منه[1] من ثالث ليس من الغاصب ولا من مشتريه من الغاصب جاز إذا كان لا يحتاج إلى خصومة؛ إما لأن الغاصب ذهبت قدرته أو أناب وسلم وكان من هو في يده معترفاً به وممكناً منه، وإن كان غير ذلك لم يجز، وإن اعترف البائع بعد البيع بالغصب ولم يثبت ذلك من غير قوله لم يصدق على المشتري، وكان مقال المغصوب منه مع الغاصب فإن أحب أخذه بالقيمة، ثم يقال: إنه غصبه أو يجيز البيع ويأخذ الثمن.

ويختلف إذا كانت القيمة يوم البيع أكثر من الثمن[2] هل يكون للمغصوب منه أن يأخذه بالقيمة يوم البيع؛ لأنه تعد ثان؟

فصل
[إذا باع الغاصب العبد ثم اشتراه المغصوب منه]

وإذا باع الغاصب العبد بعشرة ثم اشتراه المغصوب منه بخمسة، كان سيده بالخيار بين أن يجيز البيع الأول ويأخذ عشرة، أو يجيز الشراء الثاني ويأخذ العبد وخمسة[3].

واختلف إذا اشتراه بخمسة، ولم يقل اشتريته لصاحبه، فقال ابن القاسم:

---

(١) قوله: (ضمن ذلك..... باعه المغصوب منه) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (من الثمن) ساقط من (ف).

(٣) كذا في الأصلين الخطيين على أن في العبارة اضطراب وانظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٢٥، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٤٥٩.

الخمسة للمغصوب منه. وقال أشهب: لا شيء لصاحبه في الفضلة. يريد: ويبقى للغاصب.

وفي النوادر قول ثالث: إنها ترد إلى من كان اشتراه بعشرة. وقال محمد: إن اشتراه لنفسه أو لمن أمره بشرائه كانت الفضلة للغاصب، وإن اشتراه ليرده على صاحبه كانت الفضلة لسيده(١). فأما ابن القاسم فبنى جوابه على أحد القولين؛ لأن الغاصب لا يربح فيكون لسيده أن يأخذ الفضل وإن لم يشتره له، وأمَّا أشهب ومحمد فرأيا أن للغاصب عين عبده وقد أخذه ولا مقال له فيما بين ذلك، كما قيل في البيع الفاسد فباع بعد ذلك بيعاً صحيحاً ثم يعود إلى يد مشتريه الأول أنه يرد إلى بائعه ولا مقال له ولا للمشتري فيما بين ذلك من ربح أو خسارة، والقول: إن الخمسة لمن اشتراه بعشرة أحسن؛ لأن سيده يأخذ بالاستحقاق والاستحقاق بملك متقدم يوجب نقض ما وقع من البياعات بعد الغصب.

❊ ❊ ❊

---

(١) النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٥٩.

باب
فيمن غصب عبداً ثم وهبه أو أعتقه المشتري أو الموهوب له

ومن غصب عبداً ثم وهبه فوجده المغصوب منه وهو قائم العين لم يكن له إلا أخذه ويرد الهبة، وإن نقص سوقه عند الغاصب كان له أن يأخذه بأعلى القيم إذا كان عبداً للتجارة وتمضي الهبة[1].

ويختلف إذا ارتفع سوقه عند الموهوب له ثم نقص هل يغرم ذلك الغاصب؟ وقد قال ابن الماجشون: يغرم الغاصب ما اغتله المشتري[2].

يريد: لأنه حرمه ذلك. ولو غصب رجل عبداً وقيمته مائة ثم ارتفعت قيمته فبلغت مائة وثلاثين، ثم حطت إلى مائة وعشرين فباعه بمائة وعشرة ثم مات وقيمته مائة وأربعون؛ كان للمغصوب منه على قول ابن القاسم في المدونة: الثمن وهو مائة وعشرة لا غير ذلك[3]؛ لأنه أكثر من القيمة يوم الغصب.

وعلى قوله في الدمياطية: له أن يأخذ منه مائة وعشرين وهو قيمته يوم البيع؛ لأن البيع تعد ثان غير الأول كما قال إذا قتله، وعلى ما ذكر[4] ابن شعبان عن أشهب وغيره: يأخذه بمائة وثلاثين؛ لأنها أعلى القيم في حين كونه في يد الغاصب.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٠٠، وما بعدها.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٥.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٧٠، ١٧٨.

(٤) قوله: (ما ذكر) في (ف): (قول).

وعلى قول ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: له أن يأخذ منه مائة وأربعين؛ لأنه حرمه إياها بما فعل من ذلك[١].

وإن حدث به عيب عند الغاصب أو عند الموهوب له كان المغصوب منه بالخيار بين أن يضمنه قيمته يوم الغصب، وتمضي الهبة أو يأخذه ثم ينظر في ذلك العيب، فإن حدث عند الغاصب خطأً أو عمداً أو عند الموهوب له خطأً كان مقاله في العيب مع الغاصب، وإن كان ذلك من الموهوب له عمداً كان له أن يأخذ قيمة العيب من الموهوب له وبه يبتدئ؛ لأن الغاصب لم يسلطه على قطع اليد عمداً بخلاف اللباس والأكل فإن وجده معسراً فحينئذ يرجع بذلك على الغاصب، وكذلك إذا قتله عمداً كان بالخيار بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب، وتمضي الهبة أو يضمن الموهوب له القيمة يوم القتل[٢].

وإن جنى عليه أجنبي خطأً أو عمداً أو قتله كان المغصوب منه بالخيار بين أن يضمن الغاصب وتمضي الهبة وتكون المطالبة للموهوب له على الجاني أو يضمن الجاني ويكون ذلك رداً للهبة، والخطأ والعمد في ذلك سواء إذا كانت الجناية من أجنبي بخلاف أن تكون من الموهوب له أو المشتري خطأً؛ لأنه وضع يده بوجه شبهة وفيه اختلاف إذا كان الخطأ من الموهوب له أو المشتري، وله إذا حدث العيب عند الغاصب، ثم فات عند الموهوب له أن يأخذ من الغاصب قيمة ما نقصه العيب يوم الغصب، وقيمته معيباً يوم الهبة إذا كانت القيمة يوم الهبة أكثر منها يوم الغصب؛ لأن الهبة تعد ثان[٣].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٨٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٧.

وإن أعتقه الغاصب والعبد قائم العين لم يتغير بشيء لم يكن له إلا نقص العتق ويأخذه، وإن تغير بشيءٍ كان له أن يأخذه بالقيمة يوم الغصب ويمضي العتق/ أو يرد العتق ويأخذه معيباً ويرجع عليه بقيمة العيب[١]. (ف) ٣١٦/أ

وإن أعتقه المشتري ثم أدركه صاحبه ولم يتغير كان بالخيار بين أن يجيز البيع ويمضي العتق أو يرد العتق ويأخذ عين عبده، وليس له أن يضمن الغاصب ولا المشتري؛ لأنه قادر على رد العتق ويأخذ عبده سليماً، فإن دخله عيب عند المشتري كان له أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب، ويمضي البيع والعتق، أو يجيز البيع ويأخذ الثمن، أو يرد العتق ويأخذه معيباً ويرجع على الغاصب بقيمة العيب على المستحق من القول[٢].

وإن حدث العيب عند الغاصب كان له أن يأخذه بقيمة العيب يوم الغصب ثم يكون بالخيار بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن أو ينقض البيع ويرد العتق أو يضمنه قيمته جميعاً إذا كان العيب كثيراً ويمضي البيع والعتق.

* * *

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٨١.

(٢) في (ف) كلمة غير مقروءة.

باب
فيمن غصب أمة فغاب عليها أو ولدت من الغاصب أو غيره بزنا أو ملك يمين أو نكاح

ومن غصب جارية رائعة ضمنها بالغيبة عليها، قال مطرف وابن الماجشون: علم أنه كشفها أو لم يعلم فعليه قيمتها[(١)].

يريد: إذا خفي الأمر هل أصابها أم لا؟ وظاهر قوليهما أن عليه القيمة بتلاً.

وأرى أن توقف القيمة إذا كان السيد مقراً بالإصابة؛ لإمكان أن تكون حاملاً منه فتكون أم ولد، وأم الولد لا تضمن بالغيبة عليها، فإن تبين أنها حامل ردت إلى سيدها، وإن حاضت أخذ القيمة، وإن ماتت قبل أن يتبين أنها حامل أم لا أخذ القيمة المغصوب منه والظالم أحق أن يحمل عليه.

وإن أنكر سيدها الوطء عجلت له القيمة إلا قدر عيب الحمل، فإن تبين أنها غير حامل أخذه، وإن تبين أنها حامل ردت إلى الغاصب.

وقال عبد الملك بن الماجشون فيمن اغتصب وطء أمة ولم يغتصب الرقبة عليه ما نقصها بكراً كانت أو ثيباً[(٢)].

يريد: إذا لم ينظر في ذلك حتى تبين أنها غير حامل؛ لأن الغالب من النقص عن ذلك أنه يكون يسيراً، ولو قام عليه قبل أن تحيض لضمَّنه جميع الرقبة؛ لأنه بفعله حال بينه وبينها إلا أن تكون في آخر الطهر؛ فلا يضمن القيمة ويتربص حتى ينظر هل تحيض أم لا؟.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣١٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦٠، وعزاه في النوادر لكتاب ابن المواز.

فصل
[فيمن غصب أمة فولدت ثم مات الولد]

وقال ابن القاسم فيمن غصب أمةً فولدت ثم مات الولد: لا ضمان على الغاصب فيه، وإن قتله ضمنه(١).

قال الشيخ: لا يخلو الولد من ثلاثة أوجه: إمَّا أن يكون من زنا، أو بملك يمين، أو بنكاح، والزوج عالم أنها أمة وتزوجها على أنها حرة.

فإن ولدت عند الغاصب منه أو بزنا من غيره؛ كان الجواب فيهما سواء للمغصوب منه أن يأخذ الأمة والولد.

واختلف إذا مات الولد؛ فقال ابن القاسم: لا يضمنه؛ وقال أشهب في كتاب محمد: هو ضامن عليه بالقيمة يوم ولد(٢).

وهو أحسن؛ لأنه مغصوب، وقد كان رده واجباً عليه، ومن قال في الغرم بأعلى القيم يغرم هو قيمته يوم مات إذا كانت أعلى من قيمته يوم وُلِد.

وكذلك إذا ماتت الأم فعلى قول ابن القاسم: يغرم قيمة الأم وحدها يوم غصبها، وعلى قول أشهب يغرم قيمة الأم(٣) يوم الغصب وقيمة الولد يوم ولد(٤). وقول ابن القاسم في هذا أحسن على تسليم القول أن القيمة في الأم يوم الغصب؛ لأن ما حدث من نماء بعد ذلك للغاصب، والقياس أن للمغصوب منه أن يأخذ قيمة الأم يوم ماتت إن أحب؛ لأنه كان يوم ماتت

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٣.

(٣) قوله: (وحدها يوم... يغرم قيمة الأم) ساقط من (ف).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٣.

غاصباً، ويأخذ قيمة الولد على أغلى قيمة مرت[(١)] به إلى يوم مات؛ لأنه إذا أخذ قيمة الأم يوم ماتت كان الولد حادثاً قبل وقت القيمة فصح أن يأخذ قيمتها، فإن ماتت الأم وحدها كان عند ابن القاسم بالخيار بين أن يأخذ قيمة الأم يوم الغصب ولا شيء له في الولد أو يأخذ الولد ولا شيء له من قيمة الأم؛ لأن الولد عضو من أعضائها فذهابها دون ولدها كذهاب بعضها كان بالخيار بين أن يأخذ القيمة يوم الغصب، ولا شيء له في الباقي أو يأخذ الموجود، ولا شيء له في الهالك.

وعلى قول أشهب: له أن يأخذ الولد وقيمة الأم يوم الغصب[(٢)].

والقياس أن له أن يأخذ قيمتها يوم ماتت ويأخذ الولد.

وكذلك إذا مرَّت به[(٣)] حالة[(٤)] بعد الولادة هي أرفع قيمة كان له أن يأخذ تلك القيمة وعين الولد.

فصل
[فيمن غصب أمة فولدت وقتل الولد أو قتلا جميعاً]

ويختلف على هذا إذا قتل الولد أو قتلا جميعاً؛ فقال ابن القاسم: إذا قتل الولد وحده كان للمغصوب منه أن يأخذ الأم وقيمة الولد يوم قتله، وكذلك إذا قتلت الأم فله أن يأخذ الولد وقيمة الأم يوم قتلت بخلاف أن يقتلا جميعاً؛ فإنه ليس له على قوله في المدونة إلا قيمة الأم وحدها يوم غصبها، وعلى قوله في الدمياطية: له أن يأخذ قيمتها يوم قتلها.

(١) قوله: (مرت) في (ف): (موت).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٣.
(٣) قوله: (إذا مرت به) بياض في النسخة (ف).
(٤) قوله: (حالة) في (ف): (حاله).

وعلى قول أشهب: إما قتل الأم أو الولد أو قتلا جميعاً فذلك سواء فالقيمة يوم/ الغصب. (ف) ٣١٦/ب

وإن قتل الولد أخذ الأم وقيمته يوم ولد، وإن قتل الأم أخذ الولد وقيمتها يوم غصبها، وإن قتلهما أخذ قيمة الأم يوم غصبها وقيمة الولد يوم ولد[1].

وعلى ما حكاه عنه ابن شعبان يكون له أن يأخذه بالقيمة يوم القتل إن كانت أرفع.

فصل
[فيمن غصب أمة فولدت وقتل أحدهما ومات الآخر]

وإن قتل أحدهما ومات الآخر كانت القيمة عند ابن القاسم في الأم يوم غصبت سواء ماتت أو قتلت، ولا شيء في الولد مات أو قتل، وهو على أصله في المدونة[2].

وعلى قوله الآخر يكون له أن يأخذ قيمة الأم يوم قتلها ولا شيء له في الولد؛ لأنه مات، وإن ماتت الأم والقيمة عنده فيها يوم الغصب ولا شيء له في الولد؛ لأنه متى كانت القيمة عنده يوم الغصب لم يكن له فيما حدث من الولد بعد ذلك شيء[3] وهذا على أصله في المدونة.

وأمَّا قوله في الدمياطية: فله أن يأخذ قيمة الولد يوم قتل[4]. وفيما مضى ما

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٨٧.

(٢) انظر المدونة: ٤/ ١٧٠ وما بعدها.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٩٠.

يستدل به على الجواب إذا ولدت من زنا عند المشتري أو عند الموهوب له فوجدهما قائمين أو ماتا أو أحدهما أو قتلا أو أحدهما[1] أو قتل أحدهما ومات الآخر كان القتلُ من المشتري أو الموهوب له أو من غيرهما، أو كانت جناية دون قتل، أو دخل الأم نقص من الولادة أو من غيرها.

❊ ❊ ❊

(١) قوله: (أو قتلا أو أحدهما) ساقط من (ق٩).

باب
إذا شهد شاهد بالغصب وآخر بالملك

وإذا شهد شاهد بالغصب وآخر بالملك كانا قد اجتمعا على تقدم يد المشهود له ولم يجتمعا على صفة زوال اليد هل كان بغصب أم لا؟

فإن أحب المشهود له أن يأخذ ذلك[١] كان بالخيار بين أن يحلف ما بعت ولا وهبت، وليس عليه أن يحلف على تصديق شاهد الملك أو يحلف: لقد غصبني ولا يحلف على تصديق شاهد الغصب؛ لأنهما اتفقا على تقدم اليد وإنما اختلفا في صفة خروجه عن اليد.

فإن حدث به عيبٌ وأحب أن يضمن لم يكن ذلك إلا أن يحلف مع شاهد الغصب فيضمنه، وسواء كان العيب من سببه أم لا، إذا كان العيب كثيراً أو يسيراً على[٢] أحد القولين.

وإن أحب أن يحلف مع شاهد الملك لم يضمنه إلا أن يكون العيب من سببه ويكون كثيراً، وإن أحب أن يأخذ العبد، فإن كان العيب من سببه أخذ ما نقصه وسواء حلف أنه ما باع ولا وهب ولقد كان غصبني، وإن كان العيب من غير سببه فحلف أنه ما باع ولا وهب لم يكن له عن العيب شيء. وإن حلف: لقد غصبني أخذ قيمة ذلك العيب على الأصوب من القولين.

* * *

(١) قوله: (ذلك) في (ق٩): (العبد).

(٢) قوله: (يسيرا على) في (ف): (يدعي).

باب
فيمن غصب متاعاً[١] فأهلكه وتعذر وجود مثله وكيف إن غاب الغاصب ثم لقيه المغصوب منه بغير ذلك البلد وقد نقل ذلك الطعام إلى الموضع الذي لقيه فيه أو لم ينقله[٢]

ومن غصب طعاماً فأهلكه غرم مثله في كيله وصفته إذا لم يتغير سوقه.

ويختلف إذا غصبه في شدة وصار إلى رخاء هل يغرم مثله أو قيمته على القول: إنه يغرم أعلى[٣] القيم؛ لأنه قد حرمه ذلك السوق، وإن كان جزافاً ولم يعلم كيله غرم قيمته يوم غصبه.

واختلف إذا قال المغصوب منه: أنا أغرمه من المكيلة ما لا يشك أنه كان فيه، فالقول: إن ذلك له أحسن؛ لأنه لم يغرمه إلا مثل ما أخذ وخلف عنده فضلاً.

واختلف إذا عرفت المكيلة، ولم يوجد مثله الآن؛ فقال ابن القاسم: ليس عليه إلا مثله. يريد: أنه يصبر حتى يوجد مثله[٤].

وقال أشهب: المغصوب منه بالخيار بين أن يصبر أو يأخذه منه بالقيمة الآن. وقال ابن عبدوس: قد اختلف في ذلك كالاختلاف في السلم في الفاكهة بعد خروج الإبان، والقول إنه مخير بين أن يصبر أو يأخذ القيمة الآن أحسن؛

---

(١) في (ق٩): (طعاماً).

(٢) هكذا في (ف).

(٣) قوله: (أعلى) في (ف): (أغلى).

(٤) قوله: (مثله) زيادة من (ق٩).

لأن عليه في الصبر ضرر، وذلك حق له لا عليه، فإن أحب أسقط ما قاله في ضرر الصبر وأخر حتى يوجد المثل[١]، وإن أحب قام بحقه الآن إلا أن يرجى قدوم مثل ذلك إلى الأمد القريب[٢].

فصل
[إذا لقي الغاصب المغصوب بغير البلد الذي كان به الغصب]

وإن لقي الغاصب المغصوب بغير البلد الذي كان به الغصب فإن أراد أن يغرمه المثل أو قيمته بالبلد الذي غصبه به لم يكن ذلك له عند ابن القاسم، وعليه أن يصبر حتى يقدم البلد الأول فيأخذ المثل، وذلك له عند أشهب في الوجهين جميعاً فيغرمه المثلين إذا كان سعر البلدين سواء، أو كان بالبلد الذي لقيه أرخص وله أن يغرمه[٣] الآن[٤] قيمته بالبلد الذي غصبه فيه، إذا بعد ما بين البلدين قياساً على قوله إذا كان معه في البلد الذي غصبه به وتعذر وجود المثل، ويرجى وجوده بعد، وأن يكون ذلك في المسألتين جميعاً أحسن؛ لأن الذي دعا[٥] إليه المغصوب منه لا ضرر على الغاصب فيه، وله مقال في استعجال حقه.

واختلف إذا لقيه ومعه طعام المغصوب؛ فقال ابن القاسم في كتاب محمد: ليس له أن يأخذه ولا قيمته وإنما له/ المثل في البلد الذي كان به الغصب. (ف) ٣١٧/أ

(١) قوله: (وأخر حتى يوجد المثل) بياض في (ف).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣١، والمنتقى: ٧/ ٣١٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣١٨، ٣١٩.

(٤) قوله: (الآن) في (ف): (لأن).

(٥) قوله: (دعا) في (ف): (ادعى).

وقال أشهب: له أن يأخذه أو يؤخره ليأخذه بالمثل في البلد الذي كان به المغصب[(١)]. وقال أصبغ: له أن يأخذه إذا قرب ما بين البلدين، وإن بعد ما بينهما لم يأخذه، وله أن يتوثق من حقه ويخلى بينه وبين الطعام[(٢)].

وأرى أن لصاحبه أن يأخذه في ثلاثة مواضع؛ إذا كان الغاصب مستغرق الذمة؛ لأنه يقول: لا أدع حلالاً وآخذ حراماً.

والثاني: إذا كان سعره بالبلدين سواء، أو كان بالموضع الذي لقيه به أرخص؛ لأن له أن يأخذه بالمثل إذا لم يكن عين طعامه إن تساوى السعر أو كان هذا أرخص.

والثالث: إذا قال: أنا أدفع الكراء أو ما زاد سوقه الأقل منهما.

واختلف إذا كان المغصوب عرضاً أو حيواناً ووجدها معه؛ فقال ابن القاسم في كتاب محمد: يأخذ القيمة إلا أن يزيد، ولا يريد أن يأخذ عين المغصوب؛ وقال أشهب: هو بالخيار بين أن يأخذ متاعه بلا غرم عليه فيما أنفق ولا فيما حمل أو يغرمه قيمته الآن قيمته بالموضع الذي غصبه به، وبه[(٣)] قال محمد: قال[(٤)]: وتفرقة البلدان إذا كانت بعيدة كتغير البلدان. يريد: أن له أن يضمن القيمة وإن كان له أن يأخذ العين. وقال سحنون في المجموعة: أمَّا البر[(٥)] والدقيق ليس له أن يأخذ عينه إذا لم يتغير في يده. وقال مالك في المجموعة: أما العبيد والدواب فله أخذهم بأعيانهم ليس له إلا ذلك، وأما

---

(١) قوله: (وقال أشهب:... الذي كان به المغصب) ساقط من (ف).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣١٩.

(٣) قوله: (وبه) زيادة من (ق٩).

(٤) قوله: (قال:) زيادة من (ق٩).

(٥) قوله: (البر) في (ق٩): (البز).

العروض فهو بالخيار بين أن يأخذ العين أو القيمة(١).

قال الشيخ: أمَّا العبد والدابة وما الشأن أن يصل بنفسه ولا يتكلف له حمولة لخفته(٢) كالثوب وما أشبهه فإن للمغصوب منه أن يأخذه، وإن كره ذلك الغاصب أن يجبره على قبوله، وإن كره المغصوب إذا كان الطريق الذي نقل منه مأموناً؛ لأنه قادر على رده من غير مضرة، فإن كان مخوفاً أو غير موجود لم يجبر على قبوله وكان له أن يضمنه القيمة، وإن كان لك مما له حمل، ويغرم لنقله كراء، وأحب الغاصب أن يسلمه كان للمغصوب منه ألا يقبله؛ لأنه يقول: لي غرض في مالي أن يكون ببلده. إلا أن يقول الغاصب: أنا أتكلف رده، والطريق مأمون. وإن أحب ربه أن يأخذه وامتنع من ذلك الغاصب لأجل ما كان تكلف من الأجرة على حمله كان ذلك له على قول ابن القاسم، وإن دفع المغصوب منه الأجرة سقط مقاله، وليس عليه -على قول أشهب- للحمل شيء، وإن كان قد زاد في الثمن كالسقي والعلاج على أحد القولين أنه لا يغرم له شيئاً، وإن كان قد زاد في الثمن كالجص والتزويق، فاختلف(٣) هل(٤) على الغاصب أن(٥) يرده إلى حيث غصبه منه إذا أحب ذلك المغصوب منه فالمعروف من المذهب أن ليس ذلك عليه.

وقال المغيرة فيمن عدا على خشبة من عدن إلى جدة وأنفق في حملها مائة دينار: ربها مخير إن شاء أخذها وإن شاء كلف ردها إلى البلد الذي أخذها

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٠.

(٢) قوله: (لخفته) في (ف): (لحقه).

(٣) قوله: (فاختلف) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (هل) في (ف): (هل هو).

(٥) قوله: (أن) في (ف): (أو).

منه[١].

وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة في رجل اكترى من جمال على أن يحمل له حملاً بعينه إلى بلد فأخطأ الجمال فحمل غيره فبلغه البلد؛ أن صاحبه مخير إن أحب ضمنه قيمته بالبلد الذي حمله منه ويأخذ القيمة حيث شاء، وإن أحب أخذه وغرم الكراء[٢].

وقال أشهب: لا كراء عليه وليس للجمال قول إن[٣] قال: أنا أرده إلى حيث نقلته ولا لصاحب الحمل أن يلزم الجمال أن يرده، وعلى الجمال أن يرجع فيحمل الحمل الذي استؤجر عليه.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب في هذا: إن صاحب الأحمال مخير بين أن يلزمه ردها أو يأخذها ولا كراء عليه إلا أن يعلم أن صاحبها كان راغباً في وصولها؛ فيكون عليه كراء المثل ويرجع ليأتي بها أكرى عليه[٤].

❊ ❊ ❊

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٠.

(٣) قوله: (إن) ساقط من (ف).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٠.

باب
هل يغرم الغاصب الغلات إذا اغتل هو أو غيره وإذا منع الغاصب الانتفاع به ولم يغتل والحكم في نفقته عليه وسقيه وعلاجه والحكم في الولد؟

واختلف في غرم الغاصب على المغصوب على خمسة أقوال؛ فروى أشهب وعلي بن زياد عن مالك أنه يغرم الغلة؛ أيّ صنف كان المغصوب داراً أو أرضاً أو نخلاً أو شاةً أو عبداً أو دابة أو غير ذلك وسواء استعمل ذلك أو آجره[1].

وذكر أبو الحسن ابن القصار عن مالك أنه قال: لا شيء عليه؛ أيّ شيء كان المغصوب دياراً أو عقاراً أو غيرها[2].

وقال ابن القاسم عنه: يغرم غلة الرباع والغنم والإبل ولا يغرم غلة العبيد والدواب[3].

وقال أيضاً: يغرم غلة ما استغل ولا يغرم ما استعمل[4].

وقال ابن المعذل: يغرم غلة ما لا يسرع إليه التغيير كالديار والأرضين والنخيل، ولا يغرم غلة[5] ما يسرع إليه التغيير كالعبيد والحيوان؛ لأن الديار مأمونة فكأنه لم يضمن شيئاً والعبيد والحيوان الخوف فيها قائم فسقط الكراء

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٠.

(٢) انظر: عيون المجالس: ٤/ ١٧٤٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٤.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٧٢.

(٥) قوله: (غلة) ساقط من (ف).

من أجل ضمانه، واحتج من منع رد الغلة جملة بقول النبي ﷺ: «**الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[(١)] فحمل الحديث على عمومه في الغصب[(٢)] وغيره، وحمل الحديث من خالف ذلك على من وضع يده بوجه شبهة دون من كان متعدياً./ (ف) ٣١٧/ب

قال أشهب في كتاب محمد: ولو حكم بذلك للغاصب لم يكن في ذلك أدب، وإنما هم مغتصبون[(٣)] والغاصب للرقاب وللغلات؛ لأن الغصب لا ينقل الملك، وهو كل يوم غاصب، ولهذا حد[(٤)] إذا أصاب الجارية وإن كانت في ضمانه، وإذا كان ذلك وكان طلوع الغلة وهي على ملك المغصوب منه كانت الغلة للمالك، واحتج من نصر هذا بقول النبي ﷺ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[(٥)]. يريد: أن الظالم هو الغاصب، ولا حق له في المغصوب في غلة ولا غيرها[(٦)]. وقيل: لعرق على الإضافة ليس لعرقِ ظالم حق؛ والعروق ما أحدثه الغاصب من بناء أو غرس أو حفر لا ما أخذه منه، وهذا أشبه بالحديث ولا وجه لما قال ابن المعذل لاتفاق المذهب على أن مشتري الدار والأرض لا يرد

(١) حسن، أخرجه أبو داود: ٢/ ٣٠٧، في باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله، من كتاب الإجارة، برقم (٣٥١٠) والترمذي: ٣/ ٥٨١، في باب فيمن يشتري عبدا ويستغله ثم يجد به عيبا، من كتاب البيوع، برقم (١٢٨٥)، والنسائي: ٧/ ٢٥٤، في باب الخراج بالضمان، من كتاب البيوع، برقم (٤٤٩٠)، وابن ماجه: ٢/ ٧٥٤، في باب الخراج بالضمان، من كتاب التجارات، برقم (٢٢٤٣).

(٢) قوله: (الغصب) ف (ق٩): (الغاصب).

(٣) في (ف): (لتلك الغلات وذلك الانتفاع وهذا الجواب).

(٤) في (ف): (أدب).

(٥) أخرجه البخاري معلقاً: ٢/ ٨٢٢، في باب من أحيا أرضا مواتا، من كتاب المزارعة، ومالك في الموطأ: ٢/ ٧٤٣، في باب القضاء في عمارة الأموات، من كتاب الأقضية، برقم (١٤٢٤).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٥٣.

غلتها إذا رد بعيب أو استحق، وكذلك تفرقة ابن القاسم بين ما استغل أو آجر القياس أن جميع ذلك سواء؛ لأن جميع ذلك خراج وداخل في الحديث في المشتري دون الغاصب، وأما تفرقته بين الإبل والغنم والبقر والعبيد والرقاب فذلك راجع إلى التفرقة بين ما استعمل أو استغل؛ لأن غلة الإبل والبقر والدواب والغنم يطلع فيها ثم يأخذه فأشبه إذا اغتل العبد ولم يستعمله.

فصل
[إذا باع الغاصب المغصوب أو وهبه فاغتله المشتري أو الموهوب له]

واختلف إذا لم يغتل الغاصب وأغلق الدار وبور الأرض ووقف الدابة ولم يستعمل الغلام أو باع ذلك المغصوب أو وهبه فاغتله المشتري أو الموهوب له هل يغرم الغاصب غلة ذلك؟

فقال ابن القاسم: لا شيء عليه في جميع ذلك[١].

وقال مطرف وابن الماجشون وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ في كتاب ابن حبيب: عليه الكراء إذا أغلق الدار وبور الأرض ولم يستخدم العبد ووقف الدابة[٢].

قال ابن حبيب: إذا باع الغاصب أو وهب غرم الغلة التي اغتل المشتري والموهوب له، فإن كان الغاصب معسراً رجع المغصوب منه على الموهوب له إن كان حياً وعلى وارثه إن كان ميتاً ولم يرجع على المشتري[٣].

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٧٩.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٥.
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ١٤٣.

وهذا مثل القول الذي يغرم غلة الدار وإن أغلقها؛ لأن كليهما إنما يغرم ما أحرم ربها من تلك المنافع[١] بغصبه؛ لأنه المسلط للمشتري والموهوب له.

فصل
[فيمن غصب عبداً أو دابة ثم ردها]

ويختلف في الغاصب إذا رد الغلات هل يرجع بما أنفق على العبد والدابة وبالسقي والعلاج على ثلاثة أقوال؛ فقال ابن القاسم في كتاب محمد: يرجع في ذلك - يريد: ما لم يجاوز الغلة- ثم رجع وقال: لا شيء له[٢]. والأول أحسن لقول النبي ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[٣] فهو إن ظلم فلا يظلم هذا في كل ما ليس للمغصوب منه مندوحة مثل طعام العبد وكسوته وعلف الدابة، وأمّا الرعي[٤] وسقي الحائط، فإن كان لو كان ذلك في يده لاستأجر له رجع به مثل طعام العبد، وإن كان لا يستأجر لذلك؛ لأن له عبيداً ودواب في الحائط يقومون به، ثم لم يستعملهم بعد غصب الحائط لم يكن عليه شيء، وإن كان في الحائط دوابه دون عبيده، أو عبيده دون دوابه -رجع بأجرة ما كان عجز عنه دون ما كان فيه، إلا أن يستعملهم صاحبهم بعد غصب الحائط، فإن كان آجر[٥] كان عليه إجارة من عمل في الحائط ما لم يجاوز تلك الإجارة التي أخذها فيهم.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب فيمن تعدى على رجل فسقى له شجرة،

---

(١) في (ق٩): (الغلات).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٥.

(٣) سبق تخريجه، ص: ١٣٧٠.

(٤) قوله: (الرعي) في (ف): (الراعي).

(٥) قوله: (آجر) في (ف): (أجرة).

أو حرث أرضه، أو حصد زرعه، ثم سأل الأجرة في ذلك، فقال: إن كان صاحب هذه الأشياء مما لا يستبد أن يستأجر عليها كانت عليه الأجرة، فإن كان يلي ذلك بنفسه أو له من يلي ذلك لم يكن عليه شيء[1].

وأرى أن يكون على المغصوب من أقل من ثلاثة أوجه[2]: إجارة المثل فيما تولاه الغاصب، أو ما آجر به هو وعبيده أو دوابه، أو تسليم الغلة التي اغتلها الغاصب.

فصل
[إذا أنفق الغاصب على ما لا غلة له]

وإن كانت النفقة على ما لا غلة له كعبد[3] لم يبلغ الخدمة أو دابة لم تبلغ أن تركب، فأنفق عليه الغاصب حتى كبر لم يرجع الغاصب على صاحبه بشيء من تلك النفقة، وهذا قول ابن القاسم، وعلى قول أصبغ تكون له النفقة؛ لأن ذلك مما لم يكن للمغصوب منه بد؛ ولأن القصد بالإنفاق على ما له غلة ما ينال من غلته، كان مقال الغاصب في ما نقلته نفقته من الصغر إلى الكبر أقوى منه في ما نما من الغلة.

وقال محمد بن مسلمة[4] فيمن ابتاع صغيراً فكبر أو دابة عجفاء فسمنت أو ودية[5] فغرسها، قال: المستحق بالخيار بين أن يجيز البيع أو يأخذ القيمة من المشتري[6]. لأن الكبر قوة فمنع المستحق من أخذ الأصول لما نمت بنفقة

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٥١.
(٢) قوله: (أوجه) ساقط من (ق٩).
(٣) قوله: (كعبد) في (ق٩): (كصغير).
(٤) قوله: (مسلمة) بياض من (ف).
(٥) وَدِيَّةٌ: فسيل النخل وصغاره. انظر: لسان العرب: ١٥/ ٣٨٣.
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٥.

المشتري، وإذا كان ذلك كان مقال الغاصب في النفقة في هذا الوجه أقوى منه في الغلة.

وقال مالك فيمن ابتاع جملاً فعلفه حتى سمن ثم استُحق، فربه مخير في دفع ما أنفق أو يأخذ قيمة جمله يوم قبضه المشتري[1].

فصل
[فيمن غصب خراباً فأصلحه واغتله]

(ف) ٣١٨/أ واختلف/ فيمن غصب خراباً فأصلحه واغتله هل للمغصوب منه جميع الغلة أو قدر ما ينوب الأصل قبل الإصلاح؟

فقال ابن القاسم: إذا غصب خراباً لا يسكن إلا بإصلاحه فأصلح وسقف ورم ثم استغل قال: للمستحق جميع الغلة وكراء ما سكن، وللغاصب قيمة ما لو نزع كان له ثمناً[2].

وإن غصب مركباً خرباً لا يقدر على استعماله إلا بإصلاحه فعمَّره وربحه بحوائجه وأطرافه ثم استغل غلة كان[3] جميع الغلة لمستحقه ولا غرم عليه في شيء مما أنفقه إلا مثل صارٍ[4] ورجل[5] أو حبل[6].

قال: وأصبغ ذهب في ذلك كله إلى قول أشهب ولم يعجبني، وقول أشهب أبين فيقوم الأصل قبل إصلاحه فينظر بما كان يؤاجر به ممن يصلحه،

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤١١.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٢.
(٣) زاد بعده في (ف): (له).
(٤) قوله: (صار) في (ف): (كصاري).
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤١، ٣٤٢.
(٦) قوله: (أو حبل) ساقط من (ف).

فيغرمه وما زاد على ذلك فللغاصب[١].

ولا أعلمهم اختلفوا فيمن غصب أرضاً فبناها ثم سكن أو استغل أنه لا يغرم سوى غلة القاعة، وقد مضى في كتاب كراء الدور إذا اكترى داراً فانهدمت ثم أعادها المكتري بغير إذن المكري أو اكترى داراً كراء فاسداً فبناها[٢] بإذن المكري أو بغير إذنه.

فصل
[في غصب الثوب]

وإذا غصب ثوباً فاستعمله الغاصب أو مشتريه منه أو من استأجره من الغاصب أو من المشتري اليوم واليومين، ولم يتغير لذلك اللباس كان حكم ذلك اللباس حكم الغلة، فلا يكون للمغصوب من[٣] مطالبة على المشتري لبس أو أجر.

ويختلف في رجوعه على الغاصب حسب ما تقدم في الغلات، وإن استعمل المدة الطويلة حتى تغير أو نقص عن حكم[٤] الغلة وكان للمغصوب منه أن يأخذ المشتري بقيمة ما نقص لباسه إن كان لبسه وإن كان آجره أخذ ما أجره به، فإن كان المشتري فقيراً أخذ اللابس بالأكثر من قيمة النقص أو إجارة المثل ورجع المستأجر على المشتري بما قبض منه، وإن كان الغاصب لبسه أخذ بما نقص منه اللباس يوم لبسه[٥]، وعلى مذهب سحنون يوم الغصب وإن أجره

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٥ و٣٤٦.

(٢) قوله: (فبناها) في (ق٩): (فبنى فيها).

(٣) في (ف): (منه).

(٤) هكذا في (ف).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ١٧٧.

أخذ منه الأكثر مما نقص اللباس يوم أجره أو ما أجره به؛ لأنه المسلط على ما استهلك منه ففارق ما أصيب بأمر سماوي، وإن كان الغاصب فقيراً أخذ اللابس بالأكثر من قيمة النقص أو إجارة المثل يوم رجع اللابس على الغاصب بما دفع إليه.

وإن غصب دابة أو عبداً أو حدث بها عيب من سبب الغاصب ثم اغتله أو استعمله؛ كان للمغصوب منه أن يأخذه بالوجهين جميعاً بما نقصه العيب وبالغلة، وكذلك إذا حدث العيب من سببه بعد أن استعمله وإن حدث العيب من الاستعمال كان بالخيار فإن أحب أخذه بما نقص العيب ولا شيء له من الغلة أو الغلة ولا شيء له من النقص، ولو كان حمل عليها، فلما كان آخر حمله عثرت من الثقل الذي عليها فحدث بها عيب كان له أن يأخذ أجرة[1] المثل فيما تقدم هذه الغلة وبقيمة العيب وقت حدث.

فصل
[فيمن غصب حمامة فأفرخت بيضاً]

الولد[2] في بنات آدم وفي سائر الحيوان الإبل والبقر والغنم وغيرها ليس بغلة، وهو بمنزلة الأم وبعض من أبعاضها، والذي يدل على أن حكم الولد حكم الأم الإجماع على أن ولد الحرة من زوجها العبد حر، وأن ولد الحر من زوجته الأمة عبد لسيدها، وعلى أن ولد المدبرة مدبر، وولد المعتق بعضها معتق بعضه، وولد المعتق إلى أجل معتق إلى أجل، وولد المكاتبة مكاتب، فلو كان غلة لم يجر في هذه الوجوه مثل حكم أمه[3] ولو كان حكم الأم في ذلك

---

(١) قوله: (أجرة) ف (ق٩): (إجارة).

(٢) قوله: (الولد) زيادة من (ق٩).

(٣) قوله: (مثل حكم أمه) في (ف): (مجرى الحرة).

كوعاء أودع وديعة وأن الحكم للنطفة كان ولد الحرة من زوجها العبد رقيقاً، وولد الحر من الأمة حر، ولم يجر ولد من تقدم ذكره ممن فيه بعض حرية على حكم أمه، ويجري على حكم أبيه من الحرية والعبودية، وقد مضى في كتاب العيوب ذكر جبر العيب بالولد الحادث وأنه لو كان غلة وكانت الأمة ولدت ولدين وفي أحدهما ما يجبر به العيب يجبر به[1] وأمسك الآخر وفي إجماع المذهب على أن يسلم جميعها دليل على فساد ذلك القول.

وإن غصب حمامة فأفرخت بيضاً كان الفراخ للمغصوب منه كالولد هو لمستحق الأم.

قال محمد: ولا شيء له فيما أعان الذكر وإن أفرخت بيض غيرها لم يكن للمغصوب منه الأم فيهم شيء، وكان له أجر الحضانة[2].

واختلف إذا أفرخ غيرها بيضاً؛ فقال محمد: لا شيء له فيهم وله مثل البيض إلا أن يكون عليه في ذلك ضرر لتكلف حمام يحضنهم. وقال سحنون: الفراخ لصاحب البيض وللغاصب أجر الحضانة[3]. فوجه القول الأول أنه غصب ما له مثل فكان القضاء فيه بمثله، ووجه القول الثاني[4] أن حكم البيض حكم الجنين واستحسن أن يقضى بالمثل إذا كان لا يتعذر عليه حضانة المثل، وإن كان يتعذر كان الفراخ له؛ لأنه يقول: قد حرمتني بفعلك والمثل في بيض الدجاج أحسن / ؛ لأنه لا يتعذر حضانتها. (ف) ٣١٨/ب

(١) قوله: (يجبر به) ساقط من (ق٩).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٩.
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٨.
(٤) قوله: (الثاني) في (ق٩): (الآخر).

وقال سحنون فيمن غصب بيضة من دجاجة ميتة: الفرخ لرب البيضة[(١)]. يريد: أنه غصبها بعد أن خرجت فتكون بمنزلة من غصب خمراً فخللها فهي لربها.

وقال محمد فيمن غصب دجاجة فحضنت بيض غيرها: له أجر مثلها وما نقصها ذلك إلا أن يكون نقصاناً بيّناً فيكون له قيمة الدجاجة يوم غصبها، ولا شيء له من نقصها ولا من فراخها ولا من كراء حضانتها إذا أخذ قيمتها يوم غصبت منه[(٢)]. فلم يضمّنه قيمتها بالنقص اليسير في الغصب.

فصل
[في تضمين المنافع إذا ردت الرقاب]

حكم التعدي على الرقاب على وجه الغصب بالسرقة والانتهاب والاختلاس في رد الغلات سواء يختلف فيها حسب ما تقدم في غصب الرقاب، فإن غصب المنافع أو اكترى أو استعار إلى مدة فأمسك ذلك بعد انقضاء المدة غرم الغلات قولاً واحداً، استعمل ذلك في تعديه أو لم يستعمله.

واختلف في الصفة التي عليها إذا لم يستعملها؛ فقال مالك وابن القاسم: تقوم على أنها مستغلة. وعلى قول مطرف وغيره: أنه يغرم غلة الدور، وإذا أغلقها يكون على هذا كراء ما تكرى به للاستعمال؛ لأنه حرمه ذلك بإمساكها إلا أن يكون المعير ممن يكري[(٣)].

وفرق مالك بين غصب الرقاب وغصب المنافع؛ لأن على كل غاصب

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤٥.

غرم ما غصب إذا أتلفه فمن غصب منافع فأفاتها غرمها[١].

واختلف في إغرامه الرقاب إذا هلكت في يده من غير سببه ومن غصب الرقاب ضمنها.

واختلف في تضمينه المنافع إذا ردت الرقاب، وقد رجح محمد بن المواز إذا أكراه أو أعاره إلى موضع فتعدى عليها تعدياً يوجب لربها أن يضمنه الرقاب[٢]؛ هل يغرم قيمة المنافع وقال: لا أدري. وأمكن أن يكون عنده داخلاً[٣] في قوله ﷺ: «**الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[٤].

❊ ❊ ❊

---

(١) المدونة: ٤/ ١٨١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٠.

(٣) قوله: (داخلاً) في (ف): (دخلاً).

(٤) سبق تخريجه، ص: ٤٣٣٤.

باب
فيمن غصب دنانير أو دراهم هل يغرم ما يربح فيها أو ما كان يربح فيها صاحبها؟

اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال؛ فقيل: لا شيء للمغصوب منه إلا رأس ماله[(١)] وسواء استنفقها الغاصب أو تجر فيها وهو موسر كان له الربح؛ وإن كان معسراً كان الربح لصاحبها، وهو قول ابن مسلمة وابن حبيب في الوصي يتجر في مال يتيمه لنفسه فجعل له الربح إن كان موسراً ولليتيم إن كان معسراً[(٢)].

وقيل: إن للمغصوب قدر ما كان يربح فيها لو كانت في يده ذكرها ابن سحنون، فيمن شهد بدين حال أن صاحبه أخر الغريم به سنة، ثم رجع عن الشهادة بعد محل الأجل والدين عين أو شيء مما يكال أو يوزن[(٣)]. واستحسن أن تكون المسألة على أربعة أقسام: فقسم لا يكون له إلا رأس ماله، وقسم يكون له ما يربح فيها، وقسم يكون له ما ربح الغاصب، وقسم يكون له الأكثر مما كان يربح هو فيها أو ما ربحه فيها، وإن كان صاحبها لا يتجر فيها لو كانت فيها، ولم يتجر فيها الغاصب، وإنما قضاها في دين لو أنفقها غرم رأس المال؛ لأن الغاصب لم يدخل عليه مضرة أكثر من حبسها، وإن كان صاحبها ممن يتجر فيها ولم يتجر فيها الغاصب كان عليه ما كان يربح فيها تلك المدة؛ لأنه حرمه ذلك مثل إذا أغلق الدار إلا أن يعلم أن تجارته في تلك المدة كانت غير

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦١٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١٤٠، ١٠/ ٤٣٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٤٧١.

مربحة، وإن كان صاحبها ممن لا يتجر فيها، وتجر فيها الغاصب وهو موسر بغيرها ولم يعامل لأجلها كان له الربح، وإن كان فقيراً فعومل من أجلها كان ربحها لصاحبها، وإن لم تكن ذمة الغاصب سبباً للربح كان ربح المال منه بمنزلته في الزكاة، وإن كان صاحبها ممن يتجر فيها والغاصب فقير كان عليه الأكثر مما ربح فيها أو كان يولجه صاحبها يتبع بالفضل متى أيسر.

❊ ❊ ❊

باب
فيمن غصب ثوباً أو طعاماً ثم وهبه

ومن غصب ثوباً فوهبه فلبسه الموهوب له فأبلاه، فإن اختلفت قيمته في هذه الحالات يوم الغصب والهبة واللباس، وكانت قيمته يوم الغصب عشرة، وهي أعلى القيم غرم الغاصب تلك القيمة وصحت الهبة، ولا تباعة[1] له على الموهوب له.

وإن كانت القيمة يوم الهبة اثني عشر وأراد صاحبه أن يأخذ الغاصب بقيمته يوم الهبة لم يكن له ذلك على قول ابن القاسم في المدونة[2]. وذلك له على قوله في الدمياطية: إذا قتل العبد وكانت قيمته يوم القتل أكثر[3]؛ لأن القتل تعد ثان؛ فله أن يأخذ بتلك القيمة وتمضي الهبة.

وإن كانت قيمته يوم اللباس خمسة عشر كان لصاحبها أن يأخذ تلك القيمة قولاً واحداً، وهذا هو الأصل في كل من غصب/ سلعة فاستحقت وقد استهلكها غير الغاصب من مشتر أو موهوب له أن للمغصوب منه أن يأخذ قيمة ذلك ممن استهلكه، وإن كان الغاصب الواهب معسراً كان للمستحق أن يأخذ اللابس بقيمة الثوب يوم لبسه[4]. (ف) ٣١٩/أ

واختلف إذا كان الواهب موسراً على ثلاثة أقوال:

فقال ابن القاسم: يبدأ بالمسلط؛ لأنه غره، وقول غيره في كتاب

---

(١) قوله: (ولا تباعة) في (ق٩): (ولاتباعه).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٧٢، ١٧٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤١٢.

الاستحقاق يبدأ بالمنتفع[١].

وقول أشهب ومحمد: إنه بالخيار يبتدئ بأيهما أحب، وإن تساوت القيم كان له أن يبتدئ بالغاصب قولاً واحداً؛ لأن هبة الغاصب الشيء المغصوب لا تسقط عنه المطالبة بحكم الغصب، وإن كان ذلك كان من حقه أن يقول: اغرم لي قيمة ما غصبتني يوم الغصب، وإن أحب أن يترك الغاصب، ويقوّم على الموهوب له دخل الخلاف المتقدم، وإن كان المغصوب طعاماً فأكله الموهوب له كان لصاحبه أن يغرم الغاصب قولاً واحداً؛ لأن هبة الغاصب لا تسقط المطالبة بحكم الغصب.

وإن أحب أن يبتدئ بالموهوب له عاد إلى الخلاف، وإن كان الغاصب معسراً كان له أن يأخذ المستهلك قولاً واحداً.

❊ ❊ ❊

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٧.

باب
في دعوى الغاصب

ومن ادُّعي عليه غصبٌ كان الحكم في تعلق اليمين والعقوبة راجعاً[(١)] إلى حالة المدعى عليه، فإن كان معروفاً بالخير والصلاح عوقب المدعي عليه، وإن لم يكن معروفاً بذلك وأشكل حاله لم يعاقب المدعي ولم يحلف المدعى عليه، وإن كان ممن يشبه ذلك وليس بمعروف حلف ولم يعاقب المدعي، فإن نكل حلف المدعي واستحق.

وإن كان معروفاً بالتعدي والغصب حلف وضرب وسجن، فإن تمادى على الجحود ترك.

واختلف إذا اعترف بعد التهديد على ثلاثة أقوال:

فقيل: لا يؤخذ بإقراره غير المدعي فيه أو لم يعينه؛ لأنه مكره.

وقيل: إن عين أخذ به وإن لم يعين لم يؤخذ بإقراره.

وقال سحنون: يؤخذ بإقراره ولم يفرق بين التعيين وغيره، قال: ولا يعرف ذلك إلا من ابتلي به. يريد: القضاة ومن شابههم.

يقول: إن ذلك لإكراه كان بوجه جائز، وإذا كان من الحق عقوبته وسجنه، لما عرف من حاله أخذ بإقراره، وإنما الإقرار الذي لا يؤخذ به ما كان ظلماً أن يضرب أو يهدد من لا يجوز فعل ذلك به، وقد أجمع الناس على أن من أسلم بعد القتال والسيف أنه مسلم كالطائع بغير إكراه؛ لأنه إكراه بحق، ولو أكره ذمي على الإسلام لم يكن إسلامه إسلاماً إن رجع عنه، وادعى أن ذلك

---

(١) قوله: (راجعاً) في (ف): (راجعة).

للإكراه؛ لأن الذمة التي عقدت لهم تمنع[١] من إكراههم على ذلك الظلم.

فصل
[فيمن ادعى عبداً في يد من هو معروف بالغصب]

ومن ادعى عبداً في يد من هو معروف بالغصب، وقال: غصبنيه. لم يصدق وحلف الآخر، وبرئ فإن أثبت المدعي أنه ملكه وقال المدعى عليه: باعه مني. كان القول قول المالك مع يمينه وينتزعه ولا يضره الحوز ولا الاستعمال بحضرته، وإن اعترف المدعي بالبيع وقال: أكرهتني على البيع وكان ممن يكره، أو قال: بعته خوفاً منه وهو ممن يخاف وله قهر قُبل قول البائع مع يمينه، وإن غابت البينة قبض الثمن، وقال البائع: استرجعه أو قال: كنت دفعته إليه سراً ثم دفعه إليَّ علانية وأشهدت له؛ لم يقبل قوله، وجل هذا قول ابن القاسم في العتبية[٢].

وقال سحنون: فإن بنى هذا المشتري أو غرس أو اغتل كانت الغلة له وقيمة ما بنى وما غرس قائماً[٣]؛ لأن اختلافهما شبهة بخلاف من شهد عليه بالغصب ولإمكان أن يكون البائع كان راغباً في البيع، ولو شهدت البينة أنه أكرهه على البيع لأعطي قيمته منقوضاً وأغرم الغلة، وإن أقام المدعي شاهدين بالملك ولم يشهد بالغصب لم يكن للمالك إلى أخذه سبيل إلا أن يحلف أنه ما باع ولا وهب، وإن حدث بالعبد عيب من غير سبب المدعى عليه الغصب - حلف أنه ما غصب وبرئ، فإن نكل حلف الآخر وضمنه، وسواء كان

---

(١) قوله: (تمنع) في (ف): (تمنعهم).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٢٦٤ و٢٦٥.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٠٧.

العيب- على قول ابن القاسم- قليلاً أو كثيراً إلا أن يكون له، ويمين المالك يثبت عليه حكم الغصب، وإن كان العيب من سبب المدعى عليه والعيب كثير كان للمالك أن يضمنه إياه بعد يمينه أنه ما باع ولا وهب؛ لأن هذا الوجه يستوي فيه الغاصب وغيره.

وإن كان العيب يسيراً أحلف المدعى عليه ما غصب، وحلف الآخر أنه ما باع، وأخذ العبد وقيمة العيب، فإن نكل حلف المدعي أنه غصبه وضمّنه على قول ابن القاسم.

❊ ❊ ❊

باب
في اختلاف الغاصب والمغصوب منه

الاختلاف في هذا في أربعة أوجه:

أحدها: في القدر؛ يقول: غصبني مائة، ويقول الآخر: خمسين.

والثاني: في الجنس؛ يقول: غصبني هذا العبد، ويقول الغاصب: هذا الثوب.

والثالث: أن يتفقا في الجنس أنه عبد أو أنه ثوب؛ فيقول هذا: جيد والآخر: رديء، أو يأتي الغاصب بعبدٍ/ فيقول: هذا الذي غصبتك، ويقول (ف) ٣١٩/ب الآخر: عبدي أفضل.

والرابع: أن يتفقا أنه العبد أو الثوب المغصوب ويأتي به معيباً أو خلقاً، ويقول: هكذا غصبته، ويقول الآخر: بل كان سليماً أو جديداً. فاختلف إذا قال: الغاصب خمسين، وقال المغصوب منه: مائة؛ فقال مالك: القول قول الغاصب[(١)].

وقال في العتبية فيمن انتهب صرةً والناس ينظرون فطرحها مطرحاً لم توجد وادعى ربها عدة، وكذبه الآخر أو أعجزه بها ولم يطرحها، ثم يختلفان في العدد: فالقول قول المنتهب، وقال العتبي ومطرف وابن كنانة وأشهب يقولون في هذا وشبهه: القول قول المنتهب منه[(٢)].

فجعلوا القول قول المنتهب منه بعد غيبة الغاصب عليه إذا أعجزه بها،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٧٦، ١٨٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٧.

وادعى معرفة ما وجد فيها؛ لأن من غصب وفعل مثل ذلك لا يقر بالحق ولا يعترف بجميع ما أخذ إذا كان كذلك كان كمن كتم ولم يقر بشيءٍ، فإن القول قول المغصوب منه ما لم يأت بما لم يشبه إلا أن يأتي الغاصب تائباً فيكون القول قوله، والقول قول المنتهب منه إذا طرحها قبل معرفة ما فيها كان القول قول ربها؛ لأن ربها يدعي التحقيق والآخر يقول عن تخمين هذا إذا تقاربا في الدعوى، فإن تباين ذلك فقال هذا: كان قدر مائة، وقال الآخر: كان فيه قدر ثلاثمائة؛ كان القول قول المنتهب. وعلى قول مطرف وابن كنانة: القول قول المنتهب منه. وإن قال: غصبني هذا العبد، وقال الآخر: بل هذا، أو قال: بل هذا الثوب؛ كان القول قول الغاصب. وإن اتفقا على أنه غصب عبداً، واختلفا في صفته وقد هلك كان القول قول الغاصب إذا أتى بما يشبه.

واختلف إذا أتى بما لا يشبه؛ فقال ابن القاسم: لا يقبل قوله[1]. وقال أشهب فيمن غصب جارية وقال: كانت صماء بكماء عمياء؛ قُبل قوله[2]. والأول أحسن فلا يكاد يوجد اجتماع هذه العيوب ويرغب[3] الآخر في غصبها، وإذا غرم الغاصب على الصفة التي حلف عليها، ثم ظهرت عند الغاصب، فقال ابن القاسم: إن ظهرت مخالفة للصفة خلافاً بيّناً رجع عليه بتمام القيمة؛ لأنه إنما جحده بعض القيمة وليس له أن يأخذها إلا أن يعلم أنه أخفاها[4].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٨.

(٣) في (ق٩): (ولا يرغب).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٨.

وقال في المبسوط: يرجع في الجارية ويرد القيمة التي أخذ، وأرى إذا وجد الجارية عند الغاصب أن لصاحبها أن يأخذها كانت موافقة للصفة التي حلف عليها أو مخالفة، ويحمل على أنه أخفاها؛ لأنه قد علم رغبته فيها وتحامله عليها بالغصب ومن غصب يخفي فيحمل أن يده عليها حسب ما كانت حتى يعلم أنها خرجت من يده ثم عادت.

فصل
[في إنكار الغصب]

وإن أنكر الغاصب الغصب وشهدت البينة باعترافه أو أنه غصب عبداً أو دابة ولم يثبت صفة؛ كان القول قول المغصوب منه مع يمينه ويستحق، وقيل: ليس له بعد يمينه إلا الوسط والأول أصوب؛ لأنَّ على الغاصب أن يقرَّ بصفة ويحلف عليها أو ينكل فيحلف الآخر ويستحق، فإذا جحد ولم يذكر صفة كان القول قول الآخر أنه كان على ما قال، ولا يحط عن ذلك الغاصب من غير يمين ولا من غير مناكرة أنه كان دون ذلك.

وإن غصب ثوباً فأتى به خلقاً، وقال الآخر: كان جديداً؛ كان القول قول الغاصب مع يمينه ويسلمه، فإن وجد المغصوب منه بعد ذلك البينة أنه غصبه جديداً والثوب قائم بيده أو هلك أو باعه أو رهنه أو كان عبداً فأعتقه فإنه ينظر فإن كان اختلافهما ليغرمه ما بين القيمتين رجع عليه بما بين قيمته خلقاً وجديداً من غير مراعاة لحال الثوب من وجود أو هلاك.

وإن كان اختلافهما ليضمنه فقال الغاصب: لا أضمن؛ لأنه كان خلقاً كان للمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بقيمته يوم غصبه جديداً ثم ينظر في الثوب فإن كان قائماً رده، وإن هلك كانت مصيبته من الغاصب؛ لأنه أكرهه

على رده إليه، والقول قول ربه مع يمينه أنه هلك ويرجع بالقيمة، وإن باعه سلم الثمن الذي باعه به، وإن لبسه فأبلاه غرم القيمة.

ويختلف إذا وهبه؛ فقال أشهب في المجموعة: لا شيء عليه؛ لأن الغاصب أباح ذلك له ظلماً وعدواناً وجحوداً ولكن يتبع الموهوب له فيأخذ منه إن وجد عنده أو قيمته يوم لبسه فأبلاه، فأما إن كان تلف عنده فلا شيء عليه أيضاً(١)؛ لأنه لم يكن ضامناً له، وإن كان عبداً وأتى به معيباً وقال: هكذا غصبته فحلف ورده ثم ثبت أنه كان سالماً رجع بقيمة العيب إذا كان اختلافهما ليأخذ قيمة العيب، وإن كان ليضمنه رجع بقيمته يوم الغصب وكانت مصيبته من الغاصب، فإن أعتقه لم يكن عليه -على قول أشهب- شيء.

وقال محمد في شاهدين شهدا على رجلٍ أنه اشترى هذا العبد وهو ينكر فحكم بشهادتهما، فأعتقه أو باعه أو مات أو أبق ثم رجعا وأقرا بشهادة الزور: أنه يرجع عليهما بالثمن إذا مات أو أبق، ويغرم قيمته في العتق إن كانت القيمة أقل من الثمن، ويغرم الشاهدان ما زاد الثمن على القيمة(٢). فأغرمه القيمة في العتق وهو خلاف/ لقول أشهب، وإن أخذ المغصوب منه العبد وهو لا يعلم (ف) ٣٢٠/أ
بالعيب، ثم أعلم به بعد موت العبد أو إباقه أو بيعه أو عتقه كان له أن يرجع بقيمة العيب، وإن قال: إذا رجع بجميع القيمة؛ لأني لو علمت بالعيب لضمنته(٣) ولم آخذه نظر إلى العيب؛ فإن كان يرى أنه لا يضمن لأجله لخفته لم يصدق، وإن كان مثل ذلك العيب لا يقبله صدق به ورجع بالقيمة، وإن

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٨.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٤٥٦.
(٣) قوله: (لضمنته) في (ق٩): (لضمنت).

أشكل الأمر حلف، ثم عاد الجواب إلى ما تقدم إذا ثبت أنه غصبه جديد[١].

وفي كتاب محمد فيمن اكترى بعيراً وزاد عليه زيادة تعطبه فردَّه وقد أنقصه فنحره صاحبه ثم علم؛ كان بالخيار بين أن يرجع بما بين قيمته يوم تعدى ويوم أتى به[٢] أو بكراء الزيادة[٣].

قال الشيخ ﷺ: ولو علم بذلك حين نحره لسلمه منحوراً ويرجع بالقيمة إن أحب، وإن باعه حاسبه بالثمن الذي باعه به ورجع بفضل القيمة.

* * *

(١) في (ف): (جديدا).

(٢) قوله: (أتى به) في (ق٧): (أتاها).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ١١٨.

باب
فيمن غصب شيئاً فغيره عن حاله بصناعة أو صبغ[١] أو بناء أو ما أشبه ذلك

وقال ابن القاسم فيمن غصب ذهباً أو فضة أو نحاساً أو حديداً فصنعه أو حنطة فطحنها، ليس لصاحبها[٢] إلا مثلها[٣]، وليس له أن يأخذه، وإن غصبه ثوباً فصبغه أو خاطه كان صاحبه بالخيار بين أن يأخذه ويدفع قيمة الصنعة أو يسلمه ويغرمه قيمته[٤].

وفرق بين ما يقضى فيه بالمثل والقيمة[٥]؛ لأن المثل مقام الأول وكأنه[٦] لم يخرج من يده شيء[٧] فلم يدخل عليه ضرر والآخر يعطي عيناً فعليه فيه إن ألزم أخذ القيمة مضرة.

وقد اختلف في الموزون والمكيل إذا كان[٨] يحرم فيه التفاضل كالذهب والفضة والقمح والشعير وما لا يحرم[٩] كالنحاس والحديد والقطن وما أشبه ذلك إذا صنع في أربعة مواضع:

---

(١) قوله: (أو صبغ) زيادة من (ق٩)
(٢) قوله: (لصاحبها) في (ق٩): (لصاحبه).
(٣) قوله: (مثلها) في (ق٩): (مثله).
(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٥.
(٥) قوله: (والقيمة) في (ف): (فالقيمة).
(٦) قوله: (وكأنه) في (ق٩): (فكأنه).
(٧) قوله: (لم يخرج من يده شيء) في (ف): (لم يخرج الذي من يده شيء).
(٨) قوله: (إذا كان) ساقط من (ف).
(٩) قوله: (وما لا يحرم) في (ق٩): (أو لا يحرم).

أحدها: هل ذلك فوت يمنع من أخذه؟

والثاني: إذا كان له أخذه[١] هل يغرم للصنعة شيئاً؟

والثالث: إذا كان ذلك عليه هل يغرم قيمة الصنعة أو ما زادت؟

والرابع: إذا لم يرض أن يغرم عن الصنعة ولم يضمن هل يكونان شريكين؟ فقال ابن القاسم: ليس له إلا ما غصب[٢]. وقيل: له أن يأخذ ذلك ولا شيء عليه؛ لأن هذه الأشياء ليست كالأعيان القائمة كما لو جصص أو زوق لم يحق[٣] له في ذلك شيء، وإن[٤] زاد في الثمن وإن بنى[٥] لا يعطى[٦] إلا[٧] قيمة الأنقاض دون التلفيق[٨] وما لا يقدر ولم يمكن[٩] أن يبين به، وقيل: إن كانت قيمة الصنعة يسيرة أخذه ولا شيء عليه، وإن كان لها قدر وزادت في القيمة لم يأخذه إلا أن يدفع قيمة الصنعة أو يكونا شريكين، وهو قول عبد الملك في المبسوط[١٠]، وقيل: إن كان يجوز التفاضل فيه كان له أن يأخذه ويدفع الأجرة، وإن كان يحرم التفاضل فيه رجع بالمثل ولم يأخذه.

قال ابن القاسم: لأني لو أجزت له أخذ الفضة بلا شيء ظلمت السارق،

---

(١) قوله: (أخذه) في (ق٩): (أن يأخذه).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٤١.

(٣) قوله: (يحق) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (وإن) في (ق٩): (فإن).

(٥) قوله: (وإن بنى) في (ق٩): (ولو بنى).

(٦) في (ق٩): (على).

(٧) قوله: (إلا) ساقط من (ق٩).

(٨) في (ق٩): (المتلفين).

(٩) قوله (ولم يمكن) في (ق٩): (على).

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٠٧.

وإن قلت للآخر: أعطه قيمة عمله فضة وزيادة فهو ربا[(١)][(٢)].

واختلف إذا كان له أن يأخذه ويدفع العوض هل يدفع قيمة الصنعة أو ما زادت؟

وأرى إن كانت قيمة الصنعة يسيرة أن يأخذه ولا شيء عليه، وإن كان لها[(٣)] قدر وبال أن يكون بالخيار بين أن يغرمه المثل أو يأخذه ويكون عليه الأقل من قيمة[(٤)] الصنعة أو ما زادت وإن كانت قيمتها أقل لم يظلم بشيء إذا أعطي قيمة صنعته وإن كانت[(٥)] الزيادة أقل قال المغصوب: قد كان لي أصل قيمته عشرة دنانير وهو الذي كنت أبيعه به الآن فليس لك معي إلا ما زادت صنعتك، فإن كره أن يأخذ[(٦)] أو يغرم المثل كانا شريكين؛ هذا بقيمة المثل، والآخر بقيمة الأقل[(٧)]، وما يحرم فيه التفاضل وغيره سواء، ويقال للمغصوب: لا يجوز لك إذا اخترت في نفسك أحد الأمرين الأخذ أو تضمين المثل أن[(٨)] تنتقل إلى الآخر؛ لأنه ربا ويوكل في ذلك إلى أمانته، وإن لم تزد الصنعة أخذه ولا شيء عليه.

وقال أشهب في المجموعة: لو طحنت الحنطة سويقاً ثم لتَّها جاز أن

---

(١) قوله: (فهو ربا) ساقط من (ف).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٥٤٣.

(٣) قوله: (لها) في (ف): (له).

(٤) قوله: (قيمة) ساقط من (ف).

(٥) قوله(قيمتها أقل لم يظلم بشيء إذا أعطي قيمة صنعته وإن كانت) ساقط من (ف).

(٦) في (ق٩): (يأخذه).

(٧) في (ق٩): (بالأقل).

(٨) في (ف): (أو).

يأخذها فإن الحنطة بالسويق تجوز متفاضلاً[1].

وأرى إذا طحنت[2] ولم تلت فرضي الغاصب أن يسلمها على ألا يأخذ عن الطحن[3] شيئاً أن يجبر ربها على قبولها إذا كانت يسيرة يريدها لذلك لو لم تغصب، وإن كانت كثيرة ويريدها للتجارة أو ليدخرها لم يجبر على قبولها.

وفي كتاب محمد فيمن غصب قمحاً فباعه فطحنه المشتري، قال: قد قيل: إن[4] لصاحبه أن يأخذه إن شاء ولا غرم عليه للطحين، وإن شاء تركه وأخذ من الغاصب مثل قمحه أو الثمن، قال محمد: الصواب ألا شيء له إلا الثمن من الغاصب أو القمح ممن شاء منهما.

وإن كان الغاصب عديماً ورجع[5] على المشتري كان المشتري بالخيار إن شاء أعطاه مثل قمحه وإن شاء سلمه إليه دقيقاً، ولو كان الغاصب الذي طحنه[6] كان بالخيار إن شاء أخذ الدقيق أو مثل قمحه، قال[7] وإن طحنه المشتري لم يأخذه إلا أن يدفع الأجرة[8]./ (ف) ٣٢٠/ب

* * *

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٤.

(٢) في (ف): (صحنت).

(٣) قوله: (الطحن) في (ق٩): (الطحين).

(٤) قوله: (إن) ساقط من (ق٩).

(٥) قوله: (ورجع) في (ف): (رجع).

(٦) في (ف): (صحنه).

(٧) قوله: (قال) ساقط من (ف).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤١٠.

فصل
[فيمن غصب حلياً فكسره ثم أعاده على حاله لصاحبه]

وفي كتاب محمد فيمن غصب حلياً فكسره ثم أعاده على حاله لصاحبه أن يأخذه ولا غرم عليه، وإن صاغه على غير[١] صياغته لم يأخذه، ولم تكن له[٢] إلا قيمته يوم غصبه قال: وهذا قولهما، قال محمد: لا شيء له إلا قيمتها وإن أعادها إلى حالها[٣]. لأن الغاصب ضمن قيمته وليس له مثله ولو[٤] لم يكن[٥] غاصباً إلا متعدياً لكان له أخذه إذا صاغه على حاله بلا غرم ولو اشتراه رجل من الغاصب، فكسره ثم أعاده إلى حاله[٦] لم يكن لصاحبه أخذه إلا أن يدفع للمشتري قيمة صياغته؛ لأنه لم يتغير[٧] في الكسر.

قال الشيخ رحمه الله في الغاصب إذا أعادها إلى[٨] هيئتها: ألا شيء عليه أبين؛ لأن الصياغة مما يقضى فيها بالمثل على أحد القولين، وقد[٩] قال ابن القاسم فيمن غصب سوارين[١٠] فكسرهما: عليه قيمة الصياغة[١١]. فإذا كان عليه[١٢]

(١) قوله: (غير) غير واضح في (ق٩).
(٢) قوله: (له) ساقط من (ق٩).
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٤، والمنتقى: ٧/ ٣١١.
(٤) قوله: (ولو) في (ف): (لو).
(٥) قوله: (يكن) ساقط من (ف).
(٦) في (ق٩): (حالته).
(٧) في (ق٩): (يتعد).
(٨) في (ق٩): (على).
(٩) قوله: (وقد) ساقط من (ق٩).
(١٠) في (ف): (صوارين).
(١١) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٦.
(١٢) قوله: (عليه) ساقط من (ف).

قيمتهما دون الأصل وكان في القول الآخر أنهما[1] مما يقضى فيهما[2] بالمثل، فإذا فعل فيهما الحكم المأمور به على أحد الأقوال مضى ولم يلزم غيره، وقد[3] قال ابن القاسم فيمن غصب خشبة فعملها مصراعين عليه قيمتها ولا يذهب عمله باطلاً؛ فمنع من أخذ عينها لئلاً يذهب عمله باطلاً، فإن رضي صاحبها أن يدفع الأجرة كان له أخذها[4].

وقال عبد الملك في المبسوط: إذا عمل فيها عملاً له بال من صنعة أو نقش زاد[5] في ثمنها كان صاحبها بالخيار بين أن يعطيه قيمة عمله ويأخذها أو يسلمها ويأخذ قيمتها يوم الغصب، ويكونا[6] شريكين فيها.

قال: وكذلك من غصب ذهباً فضربها دنانير إذا كان لصنعته بال، وإن كان عملاً يسيراً في جميع ذلك كان للمغصوب منه، ولا شيء عليه في العمل وهذا أعدلهما.

وقال مالك فيمن غصب خشبة وأدخلها في بنيانه: لصاحبها أن يأخذها ويهدم ذلك البناء[7].

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: ذلك له وإن بنى[8] عليها القصور،

---

(١) في (ف): (أنها).

(٢) في (ف): (فيها).

(٣) قوله: (قد) ساقط من (ق٩).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٧.

(٥) قوله: (زاد) في (ف): (وزاد).

(٦) قوله: (ويكونا) في (ق٩): (أو يكونا).

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٦.

(٨) كلمة (بنى) غير واضحة في (ق٩).

واستحسن أشهب إذا كان مثل هذا البناء ألا[١] يكون له إلا قيمتها يوم غصبت[٢]، ويلزم على ما قال ابن القاسم في المصراعين أنه لا[٣] يأخذها لئلاً يذهب[٤] عمله باطلاً[٥] ألا يكون له أن يأخذ الخشبة إذا عظم البناء، وإن رضي صاحبها بأخذ القيمة لم يكن للغاصب أن يهدم بنيانه ليعطيها[٦] إياه؛ لأنه من باب الفساد وإضاعة المال.

وقال ابن القاسم فيمن غصب ثوباً فصبغه: صاحبه بالخيار، فإن أحب أخذه ودفع قيمة الصبغ، وإن أحب ضمنه قيمته يوم غصبه[٧].

قال الشيخ: وأرى أن يكون صاحبه بالخيار بين أن يضمنه قيمته يوم غصبه أو يوم صبغه إن كانت قيمته ذلك اليوم أكثر، وهو أحد قولي ابن القاسم[٨].

واختلف إذا أحب أن يأخذه؛ فقال ابن القاسم: للغاصب قيمة الثوب[٩] يوم يأخذه، وقال: ما زاد الصبغ فإن لم يزد فلا شيء له[١٠]. وهذا قياس على قوله في العيب يجده المشتري في الثوب بعد أن صبغه، فإن نقصه الصبغ غرم ما نقص.

---

(١) في (ف): (لا).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٥.

(٣) قوله: (أنه لا) في (ق٩): (أن لا).

(٤) في (ق٩): (يظلم).

(٥) قوله: (باطلاً) ساقط من (ق٩).

(٦) في (ق٩): (ليعطيه).

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٥.

(٨) انظر: المدونة: ٣/ ٤٠١، ٤/ ١٨٥، ولم أقف له على التضمين يوم الصبغ.

(٩) في (ق٩): (الصبغ).

(١٠) انظر: المدونة: ٤/ ١٩١.

وقال أشهب في كتاب القطع من كتاب محمد: لا شيء عليه في الصبغ وجعله كالتزويق[١].

وقال محمد بن مسلمة: إن نقصه الصبغ غرم النقص، فإن زاد لم يكن له فيه شيء إلا أن يكون[٢] إن غسل خرج منه شيء له قيمة؛ فيكون صاحبه بالخيار إن شاء أعطاه الثوب فغسله وإن شاء أعطاه قيمة ما يخرج منه؛ قال: لأنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لَيْسَ لِعِرقِ ظَالمٍ حَقٌّ**»[٣].

قال مالك: والعرق الظالم كل ما احتفر أو غرس[٤]. يريد: أن لا حق للغاصب في بقاء ما فعله في المغصوب وأنه ينقض فيطرح، وكذلك الصبغ إن كان له[٥] في زواله منفعة أعطاه وإلا فلا شيء عليه.

وعلى قول عبد الملك يكون له أن يأخذه بغير شيء إذا كانت النفقة في الصبغ يسيرة، وإن كان لها قدر أعطاه قيمة ذلك أو ضمنه أو كانا شريكين.

وقول أشهب وابن مسلمة أصوب؛ لأنهما اتفقا في الجص والتزويق وهو شيء قائم العين كالصبغ ألا شيء له فيه، وإن عظمت زيادته في ثمن الدار؛ لأنه إن نقض[٦] لم ينتفع به فكذلك الصبغ، وإن باعه الغاصب فصبغه المشتري كان صاحبه بالخيار بين أن يكون مقاله مع الغاصب فيغرمه قيمته يوم الغصب أو يوم البيع أو يجيز البيع ويأخذ الثمن، وإن أحب كان مقاله مع المشتري فله

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٤٨١.

(٢) قوله: (أن يكون) غير واضحة في (ق٩).

(٣) سبق تخريجه، ص: ٣٢٨٨.

(٤) انظر: المنتقى: ٧/ ٣٧٧.

(٥) قوله: (له) ساقط من (ق٩).

(٦) قوله: (إن نقض) في (ف): (أنقص).

أن يأخذه إن أحب ويدفع قيمة الصبغ، وإن أبى كانا شريكين وعلى القول[١] الآخر ما زاد الصبغ، وهو أحسن وبه يشارك، وإن لم يزد لم يكن له شيء.

واختلف إذا نقصه الصبغ هل له أن يضمنه قيمة الثوب إذا نقله عن الغرض الذي يراد له؟

وقد اختلف في مشتري العبد يقتله خطأ؛ لأنه في الصبغ والقتل لم يصون ماله بخلاف اللباس والأكل والتضمين في كلا الوجهين[٢] أحسن.

فصل
[فيمن غصب داراً فهدمها]

ومن غصب داراً فهدمها كان صاحبها بالخيار بين أن يأخذه بالغصب ويغرمه قيمتها قائمة[٣] يوم الغصب، أو يأخذه بالعداء فيغرمه قيمتها قائمة يوم الهدم، أو يأخذ العرصة وحدها ويغرمه ما نقص الهدم على أن الأنقاض/ لصاحبها[٤]، أو يأخذ العرصة والأنقاض ويغرمه ما نقص الهدم (ف) على أن الأنقاض لصاحبها[٥] يقال ما قيمتها قائمة وما قيمتها مهدومة على ٣٢١/أ هيئتها فما بينهما غرمه[٦] ثم يختلف متى تكون قيمة النقص؟ فعلى قول ابن القاسم: يوم الهدم، وعلى قول سحنون: يوم الغصب، وأرى أن يكون عليه الأكثر من قيمته في هذين الوقتين.

---

(١) قوله: (القول) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (كلا الوجهين) في (ق٩): (كلتا الروايتين).

(٣) في (ق٩): (قيمة).

(٤) في (ق٩): (للغاصب).

(٥) قوله: (أو يأخذ العرصة..... على أن الأنقاض لصاحبها) ساقط من (ف).

(٦) في (ف): (غرم).

وقال محمد: صاحبها بالخيار فإن أحب أخذ قيمتها يوم الغصب وإن شاء أخذ العرصة والنقض ولا شيء له[١]. فلم ير له في النقص شيئاً وهذا بناء على أصله وهو قول أشهب في كل من ملك أن يضمن ألا يأخذه وما نقص والأول أحسن.

وقال ابن القاسم: إذا هدمها المشتري لا شيء عليه إذا أراد أن يتوسع[٢].

وقال محمد: لا شيء في الهدم بخلاف الثوب يشتريه فيقطعه فإنه ضامن. قال محمد: والفرق بينهما أن هدم الدار ليس بمتلف؛ لأنه يقدر على أن ترد إلى[٣] حالها وأفضل[٤]. وكذلك الحلي يشتريه فيكسره ثم يستحق فلا شيء على كاسره؛ لأن فعله ليس بمتلف، وإذا قطع الثوب لم يرجع على حاله، وكذلك إذا[٥] ذبح الشاة وكسر العصا، وليس هذا الفرق بالبين؛ لأن إعادة الدار لا تصح إلا بمال ينفق فيها وهو لا يرى على الهادم أن يبنيها، وإذا كان ذلك لم يفد كونها مما تعاد إلى هيئتها بل المضرة في هدم الدار أعظم من المضرة في قطع الثوب.

❊ ❊ ❊

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٠.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٤.

(٣) قوله: (ترد إلى) في (ق٩): (يردها على).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٠.

(٥) قوله: (إذا) ساقط من (ق٩).

فصل
[فيمن غصب داراً فهدمها ثم بناها بنقضها]

فإن بناها الغاصب بنقضها كان صاحبها بالخيار بين أن يضمنه قيمتها يوم الغصب أو يوم الهدم وتمضي للغاصب قائمة، وإن أحب أخذها وأغرم للغاصب قيمة ما هدم قائماً يوم هدم على أن النقض يبقى(١) للغاصب ويعطيه قيمة الهدم مهدوماً(٢)، وإن أحب أغرمه قيمة التلفيق وحده على أن النقض يبقى لربها ويكون له(٣) البناء مبنياً اليوم(٤) ولا شيء له على الغاصب؛ لأن نقضه عاد إليه ولا شيء للغاصب؛ لأن التلفيق بانفراده لا شيء له فيه.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: على الغاصب قيمة ما هدم قائماً وله قيمة ما بنى مهدوماً(٥). وهذا داخل في القسم الأول، وقال محمد: يحسب على الغاصب قيمة ما بنى له(٦) منقوضاً ويحسب له قيمته منقوضاً أيضاً(٧). يريد: أن للغاصب قيمته منقوضاً اليوم، وهذا أيضاً على أصله ألا شيء له على الغاصب في الهدم إذا أخذ الأصل؛ لأنه يقول: لو وجده منقوضاً ولم يبن به فأخذ الدار لم يكن له في الهدم شيء، فإذا بنى به كان له قيمته يوم بنائه(٨).

---

(١) قوله: (يبقى) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (قيمة الهدم مهدوماً) في (ق٩): (قيمته اليوم مهدوما).

(٣) قوله: (له) ساقط من (ق٩).

(٤) قوله: (اليوم) ساقط من (ف).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٩.

(٦) في (ق٩): (به).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٩.

(٨) قوله: (بنائه) في (ق٩): (بنى به).

قال محمد: فإن هدمها المشتري ثم بناها بنقضها لم يكن لصاحبها أخذها إلا أن يدفع إليه القيمة[١]؛ قيمة بنائها[٢] قائماً، ويكون بمنزلة من اشترى عرصة فبناها بغير نقضها، وللمستحق على المشتري قيمة نقضه الذي بنى به منقوضاً يوم بنائه، وإن شاء أخذ من المشتري قيمة عرصته وقيمة نقضه فقط[٣]. قال: وقيل: فإن أبى[٤] كانا شريكين المشتري بقيمة عمارته قائمة والمستحق بقيمة عرصته لا بناء فيها وقوله على المشتري[٥] قيمته يوم بنائه فهو على القول في ولد المستحقة أن القيمة فيه يوم ولد؛ لأنه من ذلك اليوم تأتى[٦].

وإن تعدى رجل عليها فهدمها لم تسقط القيمة عن المشتري ويكون هو[٧] الذي يتبع الذي هدمها، وأمَّا على القول أن القيمة في الولد يوم الحكم لا يكون على المشتري من قيمة النقض شيء ويكون النقض للمستحق، وعليه للمشتري قيمة البناء وحده، وإن هدمها إنسان وغصبها لم يكن على المشتري شيء وكان المستحق هو الذي يتبع الغاصب له بعد بنائها[٨] بمنزلة ما[٩] لو غصب قبل

---

(١) قوله: (القيمة) ساقط من (ق٩).

(٢) قوله: (بنائها) في (ف): (بنائه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣٩.

(٤) في (ف): (أبيا).

(٥) قوله: (بقيمة عمارته قائمة والمستحق بقيمة عرصته لا بناء فيها وقوله على المشتري) ساقط من (ف).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٠٧.

(٧) في (ق٩): (من).

(٨) قوله: (بنائها) في (ق٩): (بنائه).

(٩) قوله: (ما) ساقط من (ق٩).

البناء وإنما للمشتري فيها بناء، فإن وجدها المستحق قائمة أخذ قيمة البناء وحده، وبه يشارك إن كانت شريكة، فإن انهدم زال الحق الذي كان فيه[١] للمشتري، وكذلك لو اشترى خشبة فأدخلها في بنائه ثم استحقت كان عليه قيمتها يوم بنى عليها، وإن سرقت من هناك بعد ذلك لم تسقط عنه القيمة، وعلى القول الآخر عليه[٢] قيمتها يوم الحكم لصاحبها، وإن سرقت قبل ذلك لم يكن عليه شيء.

فصل
[فيمن غصب أرضاً فغرسها]

ومن غصب أرضاً فغرسها كان لصاحبها أن يأخذها وللغاصب أن يأخذ غرسه إذا كان ينبت، فإن لم ينبت كان صاحب الأرض بالخيار بين أن يأمره بقلعه أو يأخذ قيمته[٣] مقلوعاً. ومن غصب ودياً فغرسه كان للمغصوب منه أن يأخذه إذا كان ينبت عنده متى قلعه، وإن كان لا ينبت عنده لم يكن له قلعه وكان له الأكثر من قيمته يوم غصبه أو قيمته اليوم مقلوعاً فقد يكون[٤] سوقه قبل اليوم أبخس وهو اليوم أنفق وأكثر.

ومن غصب نخلةً قائمةً فقلعها كان عليه قيمتها قائمة تقوم بأرضها ثم تقوم الأرض فيسقط عن الغاصب ما ينوب الأرض؛ لأنَّ أرضها تبقى[٥]

(١) قوله: (فيه) في (ف): (فيها).

(٢) قوله: (عليه) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (يأخذ قيمته) في (ق٩): (يأخذه بقيمته).

(٤) في (ق٩): (تكون).

(٥) قوله: (أرضها تبقى) في (ق٩): (أرضا بقيت).

لصاحبها.

وكذلك لو غصب ودياً فأتلفه ولم يغرسه، وقال: يغرم قيمته للغراسة، لكان[١] وإن باعه فغرسه المشتري ثم استحق بقرب ذلك -كان للمستحق أن يأخذه[٢] وعليه قيمة خدمته إن كانت نفقته ونقلته، وإن كبر وشب وكان إن قلع نبت -كان للمستحق أن يأخذه[٣]. وعلى قول محمد بن مسلمة يكون ذلك/ فوتاً وله قيمته يوم غرسه ولا يأخذه، وإن كان إن قلع لم ينبت لم يأخذه. (ف) ٣٢١/ب

ويختلف متى تكون فيه القيمة يوم غرسه أو اليوم حسب ما تقدم في الأنقاض إذا بنى بها.

ومن غصب أرضاً فحفرها كان عليه ما نقصها[٤] الحفر إلا أن يعيدها على هيئتها، وإن كانت محفورة فردمها كان عليه أن يزيل ذلك الردم منها.

* * *

(١) قوله: (لكان) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (أن يأخذه) في (ق٩): (أخذه).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٩، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٥.

(٤) قوله: (نقصها) في (ف): (نقص).

باب
فيمن غصب ما لا يجوز بيعه

قال مالك في كتاب ابن حبيب فيمن غصب حراً فباعه ثم تاب: يطلبه[١] فإن أيس منه ودى ديته إلى أهله[٢].

وقال ابن القاسم في العتبية فيمن غصب أم ولد فماتت عنده: يغرم لسيدها قيمتها[٣] قيمة أمة[٤] لا عتق فيها[٥].

وقال سحنون في المجموعة: لا ضمان عليه بمنزلة الحرة يغتصبها فتموت عنده من غير فعله[٦]. والأول أحسن وليست كالحرة[٧]؛ لأن هذا على أحكام العبودية حتى يموت السيد ولو نقل الرقبة غاصبها ضمنها ولو نقل حراً لم يضمنه؛ لأنه غصب منافعه بخلاف غصب[٨] الرقبة وبيعها.

واختلف فيمن غصب جلد ميتة؛ فقال ابن القاسم في المدونة: عليه قيمته دبغ أو لم يدبغ[٩].

---

(١) في (ق٩): (فطلبه).
(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٢٤٢.
(٣) قوله: (قيمتها) ساقط من (ف).
(٤) في (ق٩): (أم ولد).
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣١٥.
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣١٥.
(٧) في (ف): (حرة).
(٨) قوله: (غصب) ساقط من (ق٩).
(٩) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٧، والبيان والتحصيل: ١١/ ٢٤٣.

وقال في المبسوط: وإن لم يدبغ فلا شيء عليه وإن دبغ فعليه[١] قيمة ما فيه من الدباغ.

وقال مالك في كتاب أبي الفرج: لا شيء عليه وإن لم يدبغ والأول أحسن؛ لأنه منعه[٢] الانتفاع وليس ما توجبه الأحكام في الاستهلاك والتعدي كالذي يبتدئ البيع وكذلك إن دبغ كان عليه قيمة جميعها وقد قال مالك مرة: يجوز بيعه[٣].

ويختلف فيمن غصب سماراً[٤] ممن[٥] كان ينتفع به لبستانه كان له[٦] أن يغرم[٧] له قيمته قياساً على جلد الميتة قبل الدباغ.

ويختلف في جلود السباع قبل الدباغ وبعده إذا كانت مذكاة؛ فقال مالك وابن القاسم: هو ذكي ويجوز بيعه[٨]. فعلى هذا يغرم غاصبه قيمته، وعلى قول ابن حبيب: يجري على أحكام جلد الميتة[٩]. وإن سرقه من[١٠] صاحبه حيا[١١] كان عليه قيمة جلده على قول مالك؛ لأنه كان قادراً على ذكاته، وعلى قول ابن

---

(١) قوله: (فعليه) في (ق٩): (كان عليه).

(٢) في (ق٩): (حرمه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٥، والبيان والتحصيل: ١١/ ٢٤٣.

(٤) في (ف): (صمارا).

(٥) قوله: (ممن) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (كان له) ساقط من (ق٩).

(٧) قوله: (يغرم) في (ق٩): (يقوم).

(٨) انظر: المدونة: ١/ ١٨٣.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٧٧.

(١٠) قوله: (من) ساقط من (ف).

(١١) قوله: (حيا) ساقط من (ف).

حبيب: لا شيء له؛ لأن حكم جلده عنده[١] حكم جلد الميتة.

وإن غصب كلب ماشية أو صيد أو زرع فعليه قيمته، ويختلف في صفة القيمة فمن أجاز بيعه قوم على ذلك، ومن منع رده إلى أحكام جلد الميتة يقوم للانتفاع لا للبيع، وإن كان كلب دار لم يغرم شيئاً[٢][٣]؛ لأن النبي ﷺ أمر بقتلها[٤].

وإن غصب تمراً أو زرعاً لم يبد صلاحه غرم قيمته على الرجاء والخوف، فإن عاد لهيئته وحاله بعد الحكم لم ينقض.

واختلف إذا عاد قبل الحكم؛ فقال مالك في كتاب ابن حبيب: تسقط القيمة إن لم تكن فيه منفعة، وإن كانت فيه منفعة قوم على غير الرجاء والخوف[٥].

وقال أصبغ: يقوم على الرجاء والخوف[٦]. والأول أحسن، وأرى أن يرجع إلى ما[٧] تبين حكم أو لم يحكم، وإن تراخى الحكم ثم سلمت زروع أهل ذلك الموضع ولم يكن عاد إلى هيئته كان عليه قيمته على السلامة إذا كان بعلاً، وإذا كان يتكلف أجرة في سقيه حط عنه ما ينوب الأجرة، وإن هلكت زروع أهل ذلك الموضع أو ثمارهم كانت عليه القيمة على غير الرجاء إلا أن يكون

---

(١) في (ف): (ضده).

(٢) في (ق٩): (قيمته).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٥.

(٤) قوله: (أمر بقتلها) في (ف): (أمرها بقتله).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٦٦.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٦٧.

(٧) قوله: (ما) ساقط من (ف).

هلاك غيره بعد ما انتقل وزاد فتكون القيمة على ما انتقل إليه، فإن قيل: قد يكون[١] حال المتعدى عليه خلاف ذلك فيهلك وإن سلم غيره[٢] أو يسلم وإن هلك غيره، قيل: هذا من النادر والنادر لا حكم له؛ لأنه إن كان الهلاك من قحط السماء أو سموم فهو عام، وإن أتت الأمطار وتمت فلجميعها[٣].

وقال أشهب في المجموعة فيمن غصب بئر الماشية الذي[٤] لا يجوز بيعه فسقى به أرضه: فعليه قيمته إذا كان لا يفضل منه شيء[٥].

فصل
[فيمن غصب عصيراً فصار خمراً]

ومن غصب عصيراً فصار[٦] خمراً كسرت عليه وغرم قيمة[٧] العصير، وإن غصب خمراً فصارت خلًّا كان لصاحبها أن يأخذها[٨]، وإن غصب عصيراً فصارت[٩] خلًّا كان المغصوب منه بالخيار بين أن يأخذه أو يغرمه مثله عصيراً[١٠].

---

(١) في (ق٩): (كان يكون).

(٢) قوله: (غيره) ساقط من (ف).

(٣) في (ق٩): (فلجميعه).

(٤) قوله: (الذي) ساقط من (ق٩).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٥.

(٦) في (ف): (فصارت).

(٧) قوله: (وغرم قيمة) في (ق٩): (غرم مثل).

(٨) قوله: (لصاحبها أن يأخذها) في (ق٩): (لصاحبه أن يأخذه).

(٩) في (ق٩): (فصار).

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٦.

وفي ثمانية أبي زيد فيمن تعدى على جرة عصير فكسرها؛ فإن دخله عرق خل ولم يتخلل: غرم قيمته على الرجاء والخوف بمنزلة الثمرة، وإن ظهر أنه خمر ولم يدخله عرق خل فلا شيء عليه؛ لأنه كسرها في حين لو علم به صاحبه لم يحل إمساكه.

وقال ابن القاسم فيمن غصب خمراً لنصراني[١] قال:[٢] عليه قيمتها، وقال عبد الملك بن الماجشون: لا قيمة له ولا قيمة لما حرم الله[٣].

واختلف بعد القول أن عليه قيمتها[٤] فيمن يقومها[٥]؛ فقال ابن القاسم: يقومها من يعرف القيمة من المسلمين، وقال أيضاً: يقومها أهل دينه، وبالأول أخذ سحنون[٦].[٧].

* * *

(١) قوله: (خمراً لنصراني) في (ق٩): (نصرانياً خمراً).

(٢) قوله: (قال:) ساقط من (ق٩).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٦.

(٤) في (ق٩): (قيمته).

(٥) في (ق٩): (يقومه).

(٦) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٩.

(٧) قال في (ف): (تمَّ كتابُ الغصبِ، والحمدُ لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً دائماً إلى يوم الدين)، وفي (ق٩) ألحق بنهاية الكتاب الباب الأول من الاستحقاق، وقال في نهاية الباب: (تم كتاب الغصب والحمد لله تعالى) وهو وهم من الناسخ لا شك وقد نبهنا في بداية الاستحقاق على ما هنا أيضا.

كتاب الاستحقاق

النسخ المقابل عليها:

١ـ (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

٢ـ (ق٢) = نسخة القرويين رقم (٣٧٠)

٣ـ (ق٩) = نسخة القرويين رقم (٣٦٩)

(ف) ٣٢٢/أ

/بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً دائماً إلى يوم الدين

كتاب الاستحقاق

باب فيمن اشترى أرضاً فبناها ثم استحقت

وقال مالك فيمن اشترى أرضاً فبناها، ثم استحقت كان المستحق بالخيار، فإن أحب أخذها وأعطى المشتري قيمة بنائه، وإن أبى قيل للباني: أعطه قيمة أرضه براحاً، فإن أبى كانا شريكين، هذا بقيمة بنائه وهذا بقيمة أرضه[1].

وقد اختلف في هذه الوجوه الثلاثة، هل يكون على المستحق قيمة البناء، أو ما زادت قيمته؟ وإذا لم يرض بأخذ البناء وسلم الأرض، هل يكون على الباني قيمتها يوم الحكم أو يوم كان بنى؟ وإذا لم يرض أن يسلم الأرض، ولا أن يعطيه قيمة البناء، هل يجبر على أن يأخذ قيمته أو يكونا شريكين؟ فقال مالك: له عليه قيمة البناء[2]، وقال في العتبية: عليه قيمة ما أنفق[3]. قيل: له قيمة البناء أو نفقته؟ فقال: بل نفقته[4]. وقال محمد بن مسلمة: عليه ما زاد

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٢. والقول منسوب لابن القاسم.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ١٥٩.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ١٥٩.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ١٥٨.

البناء، وإن لم يزد؛ فلا شيء له.

وأرى أن يكون عليه الأقل من قيمة البناء وما زاد، فإن كانت قيمتها أقل أخذها فكان قد أخذ قيمة سلعته، فإن كانت الزيادة أقل لم يكن له غيرها؛ لأن الأرض أصل وصاحبها يقول: قيمة أرضي اليوم براحاً مائة، وهي قائمة العين لم يذهب منها شيء، وقد كنت قادراً على أن آخذ فيها ذلك الآن فليس لك إلا ما زاد على المائة، وإن لم يزد فليس لك شيء، فإن رضي أن يسلمها ولا يدفع قيمة البناء كان له قيمة الأرض الآن.

وقال أشهب في المجموعة: له قيمتها يوم كان بناها[1] والأول أبين؛ لأن البناء يفيتها على صاحبها وقد كان له أن يأخذها.

قال مالك: فإن امتنع المستحق من دفع قيمته أخذ قيمة الأرض، وقال أيضاً: ليس ذلك للباني ويكونا شريكين[2] . وهذا أصوب؛ لأن المستحق يقول: أنت وإن كنت بنيت بشبهة؛ فليس ذلك مما يوجب عليَّ أن أشتريه منك، أو أخرج لك من ملكي؛ ولأنه لا يخالف أنه لو وقع ثوب في صبغ لرجل، ولم يرض صاحب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ، أنه ليس لصاحب الصبغ أن يدفع قيمة الثوب جبراً، وإذا لم يكن ذلك له، مع كون ذلك من غير سببه كان إذاً من سببه، وهو مخطئ على ملك غيره أبين، ثم يكون شريكاً بالأقل من قيمة البناء أو ما زادت القيمة. وإن استحق نصف الأرض ودفع العِوض عن البناء؛ كان له الشفعة في النصف الآخر.

واختلف إذا لم يضمن وكانا شريكين؛ هذا بقيمة الأرض وهذا بقيمة

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٠٦، ١١/ ١٣٧.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٠، ١٩٢.

البناء، هل يسقط من الشفعة بقدر ما سلم من الأرض عوضاً عن البناء لأنه بائع له؟

وأرى ألا شفعة له إذا سلم الأرض وأخذ القيمة؛ لأنه قد باع ما يستشفع به ولم يبق له في الأرض شيءٌ وألا يسقط من شفعته شيءٌ إذا لم يضمن وكانا شريكين؛ لأنَّ الشفعة تجب في الشيء الكثير بالجزء اليسير.

وقال عبد الملك بن الماجشون في ثمانية أبي زيد في أرض بين شريكين بنى أحدهما بعضها قبل القسم: فإنها تقسم[(١)]. يريد: على أن لا بناء فيها.

قال: فإن وقع البناء في نصيب الآخر أعطى قيمته مقلوعاً.

قال الشيخ ﵀: ولو كان البناء فيما لا يحمل القسم لكان شريكاً بقيمته قائماً، ومن دعا إلى البيع بيع جميعها على حالها من البناء والإصلاح؛ فيكون الزائد لمكان البناء للباني وما سواه بينهما، كما قيل في المركب يكون للشريكين فيصلحه أحدهما أن له ما زاد الإصلاح[(٢)].

* * *

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٧، ونصه: (وقال يحيى بن يحيى: أخبرني من أرضى أن ابن الماجشون قال: إن اقتسموا دوراً وأرضاً -يريد بالسهم- ثم استحق بعضُ ما في أيديهم أو وجدوا ببعضه عيباً فإن القسم يُعادُ بينهم).

(٢) في (ق٩) هذا الباب ضمن كتاب الغصب وهو الكتاب السابق لهذا الكتاب في نسخة (ق٩) وفي آخره كتب الناسخ: (تم كتاب الغصب والحمد لله) وبدأ بـ (كتاب الاستحقاق).

باب
فيمن استأجر أرضاً فزرعها
أو غرس فيها[(١)] أو بنى ثم استحقت[(٢)]

وقال ابن القاسم فيمن استأجر أرضاً سنين على أن يسكن، أو يزرع، أو يغرس، أو يبني؛ ففعل، ثم استُحقت الأرض قبل انقضاء أجل[(٣)] الإجارة والمكري مشترٍ: إن الكراء له بالضمان إلى يوم الاستحقاق إن كانت للسكنى، وإن كانت للزرع وفات الإبان؛ فالكراء للمكري، وإن لم يفت فهو للمستحق، وإن كانت تعمل السنة كلها فهي مثل السكنى، فالماضي للأول والمستحق بالخيار في الباقي بين أن يجيز الكراء إلى تلك المدة أو يفسخ، فإن بنى أو غرس كان بالخيار بين أن يجيز الكراء إلى تلك المدة ثم يأخذه بعد الأجل بقيمته مقلوعاً أو يأمره بقلعه، وإن لم يجز كان بالخيار بين أن يعطيه قيمته قائماً، فإن أبى أعطاه الباني والغارس قيمة الأرض، فإن أبيا كانا شريكين[(٤)].

(ف) ٣٢٢/ب قال الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: / الماضي للمكري في جميع هذه الوجوه كما قال وإنما مقال المستحق في الباقي، فإن كان سكنى كان بالخيار بين الفسخ والإجارة بالمسمى، وإن كانت أرضاً للزراعة فإنه لا يخلو أن يستحقها قبل أن يحرث أو بعد[(٥)] أن قلبت أو بعد أن زرعت قبل خروج الإبان أو بعده[(٦)]، فإن لم تحرث كانت

(١) قوله: (فيها) ساقط من (ق٩).
(٢) قوله: (ثم استحقت) ساقط من (ق٩).
(٣) قوله: (أجل) ساقط من (ق٩).
(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٢.
(٥) في (ف) و(ق٢): (بعده).
(٦) في (ق٩): (بعد).

كالسكنى يمضيه بالمسمى أو يخرجه، وإن قلبها أقره بالمسمى أو يخرجه.

واختلف في حكم الحرث؛ فقيل: لا شيء على[1] المستحق فيه، وقال ابن القاسم في المستخرجة: المستحق بالخيار بين أن يعطيه قيمة حرثه فإن أبى أعطاه الآخر قيمة كرائها، وإن أبى أسلمها ولا شيء له[2]. فهذا مثل قوله في تضمين الصناع إذا لم يدفع القاطع: قيمة الثوب أسلمه بخياطته[3].

وقال سحنون: يشارك بالخياطة[4]، فعلى قوله هذا يشارك هذا في كراء هذه السنة بقيمة الحرث إن اكتريت؛ فيكون له قيمة الأرض قبل أن تحرث، ولهذا قيمة الحرث مما[5] اكتريت به اقتسماه على ذلك، وإن لم يجد من يكري منه واكتريت في العام الثاني، فعلى مثل ذلك إلا أن تذهب منفعة ذلك فلا يكون للأول شيءٌ. فإن باعها المستحق لم يكن للأول شيء، إلا أن يزيد الحرث في الثمن فيكون له ذلك الزائد.

وإن زرعها ولم يخرج الإبان لم تنزع منه، وكان للمستحق الأكثر من المسمى أو كراء المثل، فإن كان المسمى أكثر قال: أنا أجيز العقد وأخذه، وإن كان كراء المثل أكثر أخذه؛ لأن له ألا يجيز ذلك العقد ولم يكن له أن يخرجه؛ لأنه زرع بوجه شبهة.

❊ ❊ ❊

(١) قوله: (على) ساقط من (ق٢).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ١٩٠.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٤٠٠.

(٤) انظر النوادر والزيادات: ٦/ ٢٨٠، ٧/ ٨٦.

(٥) في (ق٢): (بها).

وقال ابن الماجشون: إذا ذهب أول الإبان كان للمكري الأول بقدر فضل الكراء أول الإبان، وللمستحق بقدر ما ينوب الوقت الذي استحق فيه(١).

فعلى هذا إذا كان كراء المثل في أول الإبان دينارين، وفي آخره ديناراً ونصفاً كان للأول ربع المسمى، وللمستحق الأكثر من ثلاثة أرباع المسمى أو كراء المثل وقت المستحق(٢).

واختُلف إذا قدم المستحق في الإبان وخاصم فحكم له بعد ذهابه، هل يكون الكراء للأول أو للمستحق؟ فإن كانت تزرع بطوناً فرفع بطناً واستحق في الثاني كان الأول للمشتري، ويجري الجواب في الثاني على ما تقدم إن كان زرع أو لم يزرع، إلا أنه هاهنا يفض ما ينوب البطن الثاني(٣) الذي هو(*) فيه إذا مضى بعضه؛ لأنها تعمل في كل وقت.

وصفة القيمة إذا بنى أو غرس واستحق قبل انقضاء أمد الكراء أن يقال: بكم يباع هذا البناء أو الغرس ليضعه مشتريه في هذه الأرض لو كانت له، على أن لا يقلع بقية هذه المدة، فإذا ذهب هدم على مشتريه ولا يقوم على أنه قائم للأبد؛ لأن الباني والغارس لا يستحق بقاءه إلا بقيمة تلك المدة، وإذا قوم على هذه الصفة سقط الاعتراض بأن الباني أخذ جزءاً من الأرض؛ لأنه لم يقوّم على أن للباني(٤) حقاً في تلك الأرض؛ وإنما قوم على أن مشتريه يضعه هناك، ولا

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٢١٣.

(٢) قوله: (وقت المستحق) ساقط من (ق٢).

(٣) قوله: (الثاني) ساقط من (ق٩).

(*) من هنا يبدأ سقط من نسخة: (ق٩) وينتهي بعد قوله: (باب: فيمن أكرى أرضه بعبد فاستحق، وإذا أجاز المستحق وأراد المكتري الرد).

(٤) في (ق٢): (الثاني).

يقوم على أن مشتريه يضعه حيث أحب؛ لأنه إن كان الآن في طرف كانت قيمته أبخس، فلا يصح أن يقوَّم في غير ذلك مما هو أثمن(١)؛ لأن فيه ضرراً على المستحق وكما يقوم الصبغ في الثوب المستحق، فإن كان في رديء لم يقوَّم كما(٢) لو كان في جيد، وإن كان في جيد لم يقوَّم على أنه كان في دونه، وقد قيل على المستحق، ما زاد البناء في الأرض فيقال: كم قيمة الأرض براحاً وقيمتها مبنية على أن يهدم إذا انقضت مدة الكراء، ويبقى لمشتريه منقوضاً وهو أحسن.

وإذا أبى المستحق من دفع قيمة البناء وأبى الآخر من أن يعطي قيمة الأرض كانا شريكين للأبد؛ هذا بقيمة الأرض وهذا بقيمة البناء.

فصل
[في الرجل يكتري الأرض فيزرعها ثم يستحقها رجل في أيام الحرث وغير أيام الحرث]

وإن كان المكري غاصباً كان للمستحق أن يأخذ كراء الماضي على الصحيح من القول، ثم يكون أمر المكتري مع المستحق في المستقبل على ما مضى إذا كان المكتري مشترياً؛ لأن المكتري دخل بوجه شبهة.

وإن كان الغاصب هو الزارع كان للمستحق أن يأخذ الأرض قبل الحرث وبعده ولا عوض عليه عن الحرث بانفراده، ولا عن الزرع إذا لم يبذر أو بذر ولم يبلغ أن ينتفع به إذا قلع، وإن كانت فيه منفعة كان للغاصب(٣).

---

(١) في (ق٢) و(ق٩): (أبين).

(٢) قوله: (كما) ساقط من (ق٢).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٤.

واختلف إذا أحب المغصوب أن يدفع قيمته مقلوعاً ويقره، هل ذلك له؟ وأن يكون ذلك له أصوب؛ لأن النهي من النبي ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها[(١)] على البقاء فيزيد للبقاء ثمناً ولا يدري هل تسلم وهذا يدفع قيمته مطروحاً؟

واختلف إذا خرج الإبان؛ فقال مالك: الزرع للغاصب وهو المعروف من قوله، فذكر أبو محمد عبد الوهاب رواية أخرى أنه إذا خرج الإبان للمستحق أن يقلعه، ويأخذ أرضه؛ لقول النبي ﷺ: «**لَيْسَ لعرض ظَالِمٍ حَقٌّ**»[(٢)].

وروي عن مالك أيضاً أن الزرع للمغصوب منه الأرض وإن خرج الإبان أو طاب أو حصل[(٣)].

وفي الترمذي عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ زَرَعَ أَرْضَ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ وَلَهُ نَفَقَتُهُ**»[(٤)] ولم يفرق بين القيام في الإبان ولا بعده.

---

(١) سبق تخريجه في كتاب السلم الأول، ص: ٢٨٩٤.

(٢) أخرجه البخاري معلقا بصيغة: وقال عمر من أحيا أرضا ميتة فهي له ويروى عن عمر وابن عوف عن النبي ﷺ وقال (في غير حق مسلم وليس لعرق ظالم فيه حق): ٢/ ٨٢٢، في باب من أحيا أرضا مواتا، من كتاب المزارعة، وأخرجه مالك: ٢/ ٧٤٣، في باب القضاء في عمارة الموات، من كتاب الأقضية، برقم (١٤٢٤).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٤.

(٤) أخرجه الترمذي بلفظ: (من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته): ٣/ ٦٤٨، في باب ما جاء فيمن زرع أرض قوم بغير إذنهم، من كتاب الأحكام، برقم (١٣٦٦)، وأخرجه أحمد في مسنده، برقم (١٥٨٥٩)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه من حديث أبي إسحق إلا من هذا الوجه من حديث شريك بن عبد الله والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم وهو قول أحمد وإسحق وسألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث حسن وقال لا أعرفه من حديث أبي إسحق إلا =

وقال ابن القاسم في العتبية في رجلين تداعيا أرضاً / فبذرها أحدهما فولاً، ثم عقب الآخر فبذرها قمحاً فاستهلك بذلك الفول، ثم ثبتت لمن بذرها فولاً فقال: إن استحقها في أوان العمل كان زرعها لمن بذرها قمحاً وعليه كراء المثل وقيمة الفول على الرجاء والخوف، قال: ولو كان غاصباً لكان لمستحقها أن يطرح ما فيها إن شاء أو يقره ويأخذ كراءها[(١)]. (ف) ٣٢٣/أ

فجعل الاختلاف شبهة؛ وعلى القول: إن الاختلاف ليس بشبهة يكون حكم الذي حرثها آخراً[(٢)] حكم الغاصب، ولو ثبت أن الأرض لمن حرثها قمحاً كان عليه للأول على قول ابن القاسم[(٣)] قيمة الفول على الرجاء والخوف ويخفف عليه من القيمة؛ لأن قيمتها على رجاء السلامة إنما يغرم لو بقي في تلك الأرض وهو لا يصل إلى ذلك إلا بعد أن يدفع قيمة كراء الأرض، وعلى القول: إن الاختلاف ليس بشبهة لا يكون عليه للأول شيء وإن هلك.

فصل
[فيمن كانت بيده أرض بميراث فأكراها]

وقال ابن القاسم: فيمن كانت بيده أرض بميراث فأكراها، ثم أتى رجل فأثبت أنه أخوه، فله أن يرجع عليه بحصته من الكراء وإن لم يعلم؛ لأنه لم يكن ضامناً، وإن حابى رجع عليه بتمام الكراء، إلا أن يكون معسراً فيرجع على

= من رواية شريك قال محمد حدثنا معقل بن مالك البصري حدثنا عقبة بن الأصم عن عطاء عن رافع بن خديج عن النبي ﷺ نحوه.

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٦٢، والبيان والتحصيل: ١١/ ٢١١.

(٢) في (ق٢): (أجيرا).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٦٢، والبيان والتحصيل: ١١/ ٢١١.

المكتري[١]. وقال غيره: يبدأ بالمكتري وإن كان الآخر موسراً فإن كان المكتري معسراً لم يرجع على الأخ إلا أن يكون عالماً[٢].

قال الشيخ رحمه الله: قول ابن القاسم يبدأ بالأخ وإن لم يعلم ليس هو المعروف من المذهب، والذي يعرف من قوله ومن قول مالك ألا شيء عليه إذا لم يعلم، وسواء كان الموهوب له وهو المحابى موسراً أو معسراً، وأمَّا إذا كان عالماً، فقال ابن القاسم: يبدأ بالواهب، وقال غيره: يبدأ بالموهوب له.

وقال أشهب: المستحق بالخيار يبتدئ بأيهما أحب، وأرى أن يبتدئ بالموهوب له إذا كان محتاجاً إلى ذلك، وإن كان في غنى عنه ابتدئ بالمسلط، فإن كان المسلط عديماً أغرم المنتفع.

واختلف هل يرجع على المسلط متى أيسر؟ وأن يرجع أحسن؛ لأنه أدخله في ذلك وقد كان في مندوحة عنه.

قال ابن القاسم: فإن سكن الأخ الحاضر ولم يعلم لم يكن عليه لأخيه شيء استحساناً، وعسى أنه لو علم لم يسكن نصيب أخيه، وكان في نصيبه ما يكفيه[٣] لم يصون ماله فأشبه من أخطأ فأغلق أو صون. وروى عليُّ بن زياد

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٣. ونصُّه فيها: «مثل الأخ يرث الأرض فيكريها، فيأتي أخ له لم يكن عالماً به، أو علم به، فيرجع على أخيه بحصته من الكراء إن لم يكن حابى في الكراء، فإن حابى رجع بتمام الكراء على أخيه إن كان له مالٌ، فإن لم يكن له مال رجع على المكتري».

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٣.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٣. ونصّها: «وقد قال عبد الرحمن بن القاسم: وأما الكراء عندي فهو مخالف للسكنى، له أن يأخذ منه نصف ما أكراها به - علم أو لم يعلم - لأنه لم يكن ضامناً لنصيب أخيه، ونصيب أخيه في ضمان أخيه ليس في ضمانه، وإنما أجيز له السكنى إذا لم يعلم على وجه الاستحسان؛ لأنه لم يأخذ لأخيه مالاً، وعسى أنه لو علم لم يسكن نصيب الأخ، ولكان في نصيبه من الدار ما يكفيه».

عن مالك أن عليه كراء نصيب أخيه[١].

وروى ابنُ القاسم أنه لو كان في نصيبه ما يكفيه: ألا شيء عليه[٢]؛ لأنه لم يصون به ماله فأشبه مَنْ أخطأ فأغلق أو بَوَّر[٣] ولم يسكن، فإن كان لا يكفيه إلا جميع تلك الدار كان عليه كراء نصيب أخيه، ولو كانت له دار أخرى فعطلها ولو[٤] علم لسكنها لم يكن عليه شيء، وإن أكراها نظرت إلى الكراءين، فإن كَانَ سواء أكرى داره بعشرين وقيمة نصيب أخيه عشرون لم يغرم لأخيه شيئاً؛ لأنه لو سكن داره أكرى نصيبه من الأخرى بعشرين ولم يربح شيئاً، وإن أكرى داره بثلاثين غرم لأخيه عشرة؛ لأنه لو سكن داره أكرى نصيبه بعشرين فكان في يده الآن عشرة فضل يسلمها لأخيه.

وإن كانت أرضاً فزرعها ولا يكفيه إلا جميعها؛ غرم لأخيه كراء نصيبه، وإن كان في نصيبه على الاتساع ما يكفيه لم يكن عليه شيء، وإن كان يكفيه إذا زرعه صفيقا فلما زرع ذلك القدر في جميعها على الاتساع جاءت بأكثر؛ كان عليه كراء ما زاد على ما كانت تخرج لو زرع جميعه في نصيبه.

* * *

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٣. ونصها: «وقد روى عليٌّ بن زيادٍ عن مالك: أن له عليه نصف كراء ما سكن».

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٣.

(٣) قوله: (وروى عليٌّ بن زياد..... فأغلق أو بَوَّر) ساقط من (ق٢).

(٤) في (ق٢): (لم).

باب
فيمن أكرى أرضه بعبد فاستحق، وإذا أجاز المستحق وأراد المكتري الرد(*)

ومن أكرى أرضه بثوب فاستحق ذلك الثوب قبل الحرث كان له أن يرجع فيها، وإن قلبت(١) أو زرعت رجع بقيمة كرائها، وإن أجاز مستحق الثوب الكراء كان أحق بتلك الأرض إن لم تقلب، فإن زرعت أخذ كراء المثل.

واختُلف إذا قلبت ولم تحرث، فقيل: ذلك فوتٌ، وإنما له الكراءُ، وقيل: ليس بفوتٍ، وله أن يأخذها ويدفع قيمة ذلك الحرث بخلاف الأول وهو أحسن؛ لأن هذا مستحق ولم يسلطه ولا وضع يده، وإذا لم يجز الكراء كان فوتاً فيما بين المكتري والمكري؛ لأنه هو الذي سلطه على حرثها، ومثله: لو اشترى عبداً بثوب فأعتق العبد ثم استحق الثوب فإن أخذه مستحقه رجع بائع العبد بقيمته؛ لأنه هو الذي وضع يده عليه، وإن أجاز المستحق البيع كان له أن يرد العتق في أحد القولين؛ لأنه مستحق ولم يضع يده.

وإن كان الكراء بشيءٍ مما يكال أو يوزن فاستحق انفسخ الكراء ولم يكن للمكري أن يلزمه بغيره، ولو أطاع بخلفه لم يلزم المكري قبوله؛ لأنه إنما اشترى شيئاً بعينه.

* * *

(*) هنا ينتهى السقط في (ق٩).

(١) في (ق٢): (فاتت).

فصل
[في الرجل يكري داره سنةً يسكنها المكتري ستة أشهر ولم يقتض منه الكراء، ثم يستحقها رجل]

ومن اكترى داراً سنة بمائة دينار فاستحقها رجل فأجاز الكراء كان ذلك له، وإن كره المكتري إذا كان الكراء مؤجلاً أو بالنقد والمستحق مأموناً.

قال ابن القاسم: وإن كان مخوفاً كثير الدين كان له أن يرد النقد وينقلب / الخيار للمستحق بين أن يتمادى على الإجازة[1] أو يرد النقد؛ لأن العقد بشرط النقد أرخص فليس تلزمه الإجارة ويمنع النقد[2]. (ف) ٣٢٣/ب

وأرى للمكتري أن يتعجل ذلك النقد وإن كان عليه دين؛ لأن المكتري أحق بالدار عند قيام الغرماء، فكان هو ومن لا دَين عليه في هذا الوجه سواء، ولا يقال في هذا: لو كانت الدار مخوفة؛ لأنها لو كانت مخوفة لم يجز كراؤها بالنقد، وإن كان النقد طوعاً[3] بعد العقد؛ كان للمستحق قبضه إذا كان قصد الأول بالتعجيل إبراء ذمته. وإن كان قصده رفق المكري أو مكارمته لأمرٍ بينهما؛ كان للمكتري أن يرتجعه ولا مقال للمستحق وإن كان مأموناً[4]. وإن كان قصد المكتري بالتعجيل إبراء ذمته والدار مخوفة، والمستحق غير مأمون إلا أنه لا دين عليه، فإن كان في قيمتها مهدومة ما يوفي بالدين؛ كان له أن يقبض الكراء وإن كان عليه غرماً كان للمكتري أن يرتجعها.

---

(١) في (ف) و(ق٩): (الإجارة).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٥، ١٩٦.

(٣) قوله: (طوعاً) ساقط من (ق٩).

(٤) قوله: (وإن كان قصده رفق...وإن كان مأموناً.) ساقط من (ق٢).

باب[١]
فيمن اكترى داراً فهدمها، ثم استحقت أو استحق بعضها ولم يهدم

وقال ابن القاسم فيمن اكترى داراً فهدمها وأخذ نقضها، ثم استحقت: كان للمستحق أن يأخذ من المكتري قيمة ما هدم، وإن ترك له المكري قيمة الهدم قبل أن يستحق رجع المستحق على الهادم، وإن كان معدماً لم يرجع على المكري، وهذا بخلاف ما لو وهبه البناء قائماً وأباح له الهدم؛ لأنَّ هذا استهلك قبل ذلك متعدياً، فوجبت عليه القيمة، فترك المكري طلبه بالقيمة، وهو لو علم قبل الهبة أنها للمستحق لم يكن عليه أن يطلبه له[٢].

فصل
[في الرجل يكري الدار فيستحق الرجل بعضها أو بيتاً منها]

ومن اكترى داراً فاستحق منها بيت، فإن كان أيسرها وما[٣] لا مضرة على المكتري فيه لزمه الباقي، وإن استحق جلها أو ما فيه ضرر لموضع الشركة رد ما لم يستحق، وإن أحب التمسك بما لم يستحق مُنع من ذلك حتى يعلم ما ينوبه من الثمن[٤].

واختُلف إذا التزم ذلك قبل المعرفة، فقيل: ذلك فاسدٌ؛ لأنه لما ملك الرد

---

(١) قوله: (باب) ساقط من (ق٢).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٦.

(٣) قوله: (ما) ساقط من (ق٢).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٦.

فصار بمنزلة من ابتدأ شراء بثمنٍ مجهولٍ، فلا يجوز إلا على القول بجمع السلعتين. وقيل: ذلك جائزٌ وهو أصوب؛ لأن العقد الأول منعقد لا يفسخ إلا برد المكتري ولو كنتُ أقول أن ذلك الالتزام فاسدٌ لنقضته، ويبقى كأنه لم يختر قبولاً ولا ردّاً، فينظر ما ينوبه من الثمن، ثم إن شاء أخذ وإن شاء ترك.

وإن استحق جزءاً[(١)] من الدار وهي لا تنقسم كان المكتري بالخيار بين الرد بعيب الشركة أو القبول؛ لأنَّ ثمن الباقي إذا كان الاستحقاق على الأجزاء معلوماً، وهذا إذا كان الاستحقاق قبل السكنى أو بعد والشهور متساوية لا تختلف في الكراء، فإن كان الكراء الماضي مخالفاً لكراء الباقي عاد الجواب إلى ما تقدم أنه يمنع من الرضا بالباقي قبل المعرفة بما ينوبه.

ويختلف[(٢)] إذا فعل فالتزمه قبل المعرفة، وإن كانت الدار تحمل القسمة وليس الجزء المستحق جلها قسمت ولزمه ما لم يستحق، وإن كان المستحق أكثرها كان بالخيار بين القبول أو الرد، إلا أن تختلف الشهور في الكراء، والاختلاف يدخل في ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون الكراءُ له موسم كما قال مالك: في دور مكة[(٣)].

والثاني: أن يكون الكراء بالنقد في جميع السنة.

والثالث: أن يكون جميعه مؤجلاً حتى تنقضي السنة.

وكل هذا يؤدي إلى تقويم، وقد مضى ذكر ذلك في كتاب أكرية[(٤)] الدور.

---

(١) في (ق٩): (جزء).

(٢) في (ف): (اختلف).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٥٣٣.

(٤) في (ق٩): (كراء).

باب
فيمن اشترى داراً أو ورثها فاستغلها ثم استحقت

وقال ابن القاسم فيمن ابتاع داراً أو ورثها فاستغلها ثم استحقت: أن الغلة للذي كانت في يديه، قال: وهذا وارث لا يدري بما كانت لأبيه[(١)].

قال الشيخ رحمه الله: الغلة للمشتري في خمسة مواضع؛ إذا وجد عيباً فيرد، أو وجد شراؤه فاسداً فينقض، أو رد لفلس، أو أخذ[(٢)] بالشفعة أو استحق، وكذلك من صارت إليه عن المشتري من وارث أو موهوب له أو وارث عمن هو[(٣)] موهوب له فالغلة له؛ لأنه يحل فيها محل المشتري، ولا غلة لوارث إذا طرأ عليه وارث مثله في المنزلة أو أقرب منه، فإن كان الوارث ولداً ثم طرأ عليه ولد آخر انتزع منه نصيبه من الغلة، وإن كان الوارث أخاً ثم طرأ عليه ولد فإنه انتزع منه جميع ما كان اغتل؛ لأنه غير ضامن لما استغل.

واختلف في الغاصب في أربعة مواضع:

أحدها: هل يغرم ما استغله بنفسه؟

والثاني: هل يغرم ما استغله المشتري منه؟

والثالث: هل يغرم ما لم يغتله؟ مثل أن يغلق الدار، أو يبور الأرض، أو يوقف الدابة. وقد تقدَّم ذلك في كتاب الغصب.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٧. ونصه فيها «الغلة للذي كانت الدار في يديه، وليس للمستحق من الغلة شيء. قلت: لم؟ قال: لأن الكراء بالضمان وإنما هذا ورث داراً أو غلماناً، لا يدري بما كانوا لأبيه، ولعله ابتاعهم فكان كراؤهم له بالضمان».

(٢) قوله: (أخذ) ساقط من (ق٩).

(٣) قوله: (عمن هو) ساقط من (ق٢).

والرابع: إذا وهب ما اغتصبه فاغتله الموهوب له؛ فقال أشهب في كتاب محمد: الموهوب له بمنزلة من اشترى إذا استغل أو سكن، فلا شيء عليه ولا على الغاصب(١).

وقال ابن القاسم: ليس بمنزلة من اشترى، وعلى الغاصب قيمة ما سكن/ أو استغل، فإن كان معدماً أو غائباً أغرم الموهوب له؛ لأن المشتري أخرج في ذلك ثمناً فكان عليه ضمان ما اشترى إن تلف يلزم ذلك الثمن الذي أخرج فيه وهو أبين، ولا فرق بين الموهوب له وبين وارث الغاصب إذا كان غير عالم بالغصب، ولم يختلفوا في الوارث أنه يلزمه ما يلزم الغاصب فكذلك الموهوب له(٢). (ف) ٣٢٤/أ

فصل(٣)
[في غصب المنافع واستحقاقها]

وإذا تعدى على منافع عبدٍ أو دابة فخرج بها إلى بلد ثم أعادها كان عليه كراء تلك المنافع وإن كان ضامناً للرقاب ولم يره بمنزلة غاصب الرقاب. ووقف محمد في ذلك وقال: لا أدري، وكأنه رأى أن القياس فيهما واحدٌ؛ غاصب الرقاب والمنافع.

واختلف فيمن اغتل عبداً ثم ثبت أنه حر، والصواب أنه يغرم غلته؛ لأنه كان غير مضمون، وكل من اغتل شيئاً ثم استحق منه ولا يدرى هل كان في يديه بشراء أو غصب فقال: كان في يدي بشراء(٤) أو غير ذلك مما لا يوجب رد

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٠١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٠١.

(٣) قوله: (فصل) ساقط من (ف).

(٤) زاد في (ق٢): (أو غصب).

الغلة؛ كان القول قوله إلا أن يثبت أنه كان بغصب أو تعد.

وقال سحنون فيمن باع داراً تُعرف لرجل، وزعم أنه وكله على البيع، ولا يعرف ذلك إلا من قوله فاشتراها منه رجل، وهو يعلم أن الدار للغائب؛ فاغتلها، ثم قدم الغائب فأنكر، قال: إن كان الوكيل يقوم في الدار ويعمل وينظر حتى ثبتت له شبهة الوكالة كانت الغلة للمشتري، وإن لم يقدم على شبهة كما ذكرت كان المشتري كالغاصب(١).

فصل
[في دعوى فوات المستحق]

وإذا ثبت الاستحقاق فقال المشتري: أبق مني(٢) العبد، أو ذهبت الدابة، أو ماتا، أو سُرقت السلعة أو الطعام؛ كان القول قوله في الحيوان أنها(٣) ذهبت منه بتلف أو غيره. وفي المدونة(٤) إذا سافر بذلك وليس معه جماعة، ولا يصدق إذا ادعى موته وهو في الحضر أو في جماعة في السفر.

واختلف في السلع والطعام إذا قال: سرق أو ما أشبه ذلك؛ فقال ابنُ القاسم في العتبية: لا يقبل قوله، وهو ظاهر قوله(٥) في المدونة(٦) ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو(٧) لقد هلك، ويغرم قيمته اليوم؛ ليس يوم كان وضع يده

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٦٣.
(٢) قوله: (مني) ساقط من (ق٢).
(٣) في (ق٩): (إن).
(٤) في (ق٩): (الموت).
(٥) في (ف): (ما).
(٦) انظر: المدونة: ٣/ ٢٨٠.
(٧) قوله: (الذي لا إله إلا هو) ساقط من (ق٢).

عليه؛ لأنه ليس بغاصب ولا متعد.

ولمالك في مثل هذا الأصل: أنه لا يحلف، قال: ولو أحلفتُه ما ضمَّنتُه. وقال أصبغ: القول قول المشتري مع يمينه في ضياعه ولا ضمان عليه. والأول أحسن؛ لأن المشتري يتهم عند الاستحقاق على تغييب المستحق منه إلا أن يكون ممن يعرف بالدين والصلاح والخير فيصدق ولا يرجع بالثمن على من باعه منه؛ لأنَّ مقال المستحق مع الغاصب يغرمه الأكثر من القيمة أو الثمن، ولو باع المشتري ذلك لم يكن عليه شيء سوى الثمن الذي باعه به إذا لم يجز المستحق الشراء الأول، وإن علم أن المشتري باع ذلك المغصوب ولم يعلم بما باع به إلا من قول المشتري صدق إذا أتى بما يشبه أن تكون ثمنه يوم البيع، وإن أتى بما لا يشبه لم يصدق ورد إلى ما يشبه، وإن قال: إن ذلك كان لأجل عيب نزل به صدق في الحيوان؛ لأنه مصدق في ذهاب جميعه، ولم يصدق في العروض على قول ابن القاسم.

ويختلف إذا لم يعلم البيع إلا من قوله وقال: بعته من وقت كذا؛ فعلى قول ابن القاسم: لا يصدق إذا كان سوقه اليوم أغلى ويؤخذ بقيمته اليوم.

وقال ابن القاسم في عبد نزل بلداً فادعى الحرية فاستعانه رجل فبنى له داراً أو بيتاً ثم استحقه سيده: أنه يأخذ قيمة عمله ذلك(١).

قال محمد: إلا أن يتلف ما بنى. يريد: فلا شيء عليه؛ لأن الموهوب ما يكون عن يده من عمل، وكذلك لو خاط أو نسج، فإن الهبة الموجودة في الثوب من الخياطة وفي الغزل من النسج، وكذلك لو استؤجر عليه فإن الإجارة عن الموجود.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٩٨.

واختلف إذا ضاع ذلك قبل التسليم هل يستحق أجره؛ وقال ابن القاسم في كتاب محمد: إذا أفاد العبد عند المشتري مالاً كان المال للمغصوب منه إلا أن يكون المال هبةً من السيد الذي هو في يديه أو دفع إليه مالاً يتجر به فربح أو من إجارة نفسه، فإن ذلك لمن استحق من يديه وليس للمستحق فيه شيء.

* * *

باب
فيمن اشترى جارية فأصابها ثم استحقت بملك يمين أو بحرية، أو اشترى عبداً فاغتله ثم ثبت أنه حر

ومن اشترى جارية فأصابها ثم استحقها رجل، فإن كانت ثَيِّباً لم يكن عليه شيء؛ لأنَّ ذلك لا ينقصها.

واختلف إذا كانت بكراً؛ فقال مالك وابن القاسم: لا شيء عليه[١]. وقال سحنون: عليه ما نقصها؛ لأن الافتضاض شيء قبضه بمنزلة من اشترى ثياباً فأبلاها أو طعاماً فأكله.

واختلف إذا استحقت بحرية فقال مالك وابن القاسم: لا شيء عليه بكراً كانت أو ثيباً[٢]/. وقال المغيرة: عليه صداق المثل والبكر والثيب فيها[٣] إذا (ف) ٣٢٤/ب
استحقت بحرية سواء[٤]. فجعل مالك ذلك بمنزلة التفكه أو[٥] بمنزلة ما لم يصن به ماله. والقول الآخر أبين؛ لأنَّ ذلك[٦] مما تدعو الضرورة إليه ويبذل له المال بالشراء أو التزويج.

واختلف لو كان عبداً فاغتله ثم ثبت أنه حرٌّ، فقال ابن القاسم: إذا استخدمه المشتري لم يغرم إجارته، وإن كاتبه فأخذ كتابته لم يردها، وإن وهب

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٠.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٠.

(٣) قوله: (فيها) زيادة من (ف).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٧٩.

(٥) قوله: (أو) ساقط من (ق٩).

(٦) قوله: (ذلك) ساقط من (ق٢).

له جاريةً أو مالاً كان له أن ينتزعه، وإن دفع إليه مالاً يتجر فيه كان له أن يأخذه بربحه إذا قال له: اتجر لي فيه، وإن قال: اتجر فيه لنفسك؛ كان له رأس المال بغير ربحٍ.

وإن كان في يديه مال اشتراه به أو وهب له أو تصدق عليه أو أفاده من فضل خراجه أو عمله أو عقل جرح -كان ذلك للحر، وليس لسيده أن ينتزعه منه، وإن كان انتزعه منه رده، وقال المغيرة: عليه أن يغرم[1] إجارة المثل إن استخدمه ويرد الغلة إن كان اغتله[2]. وهو أصوب؛ لأنَّ الخراج إنما يكون مع العبودية؛ لقول النبيِّ ﷺ: «**الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[3] والحرُّ لا يضمن، وإذا رجع الحرُّ بالغلة رجع المشتري بالنفقة، وليس كذلك الحرة؛ فإن لها الصداق ولا تحاسب بالنفقة؛ لأن الصداق تستحقه بأول الإصابة والنفقة فيها بعد مقابلة الاستمتاع، ولو كانت الأمة للخراج والسيد يصيب، ثم ثبت أنها حرة كان لها الصداق والخراج ولا تحاسب بالنفقة.

* * *

(١) قوله: (أن يغرم) ساقط من (ق٩).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٠٣.

(٣) سبق تخريجه في كتاب الأطعمة، ص: ٤٣٣٤.

باب
في الأَمَة تستحق بعد أن ولدت

ومن استحق أمةً قد ولدتْ فإنه الولد لا يخلو من أربعة أوجه: إمَّا أن يكون من زنى أو نكاحٍ والزوج يعلم أنها أمة أو لا يعلم، وتزوج على أنها حرة أو أصابها بملك يمين، فإن كان من زنى أو نكاحٍ وهو يعلم(١) أنها أمة؛ فإنَّ الولد رقيق، وللمستحق أن يأخذ الأمة والولد، ولا فرق في ذلك في استرقاقهما، وإنما يفترقان في ثبات النسب فيسقط نسب من كان من زنى ويثبت نسبُ من كان من نكاح، فإن كان من نكاح وهو لا يعلم أو أصاب بملك يمين كان الولد حراً وليس للمستحق أن يأخذه.

واختلف في أخذه الأم، فقال مالك وابن القاسم: يأخذها إذا كانت بنكاح(٢). وفي مختصر ابن الجلاب: ليس له إلا قيمتها(٣).

واختلف إذا أصابها بالملك، فقال مالك مرة يأخذ الأمة وقيمة الولد يوم الحكم(٤). وقال أيضاً: يأخذ قيمتهما جميعاً يوم الحكم(٥)، ثم رجع إلى أن يأخذ قيمتها وحدها يوم حملت(٦)، وهو آخر قوله وبه أفتى لما استحقت أم ولده إبراهيم، وبه أخذ ابن كنانة وابن أبي حازم وابن دينار وابن الماجشون والمغيرة،

---

(١) في (ق٩): (عالم).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠١.

(٣) انظر: التفريع: ٢/ ٣١٠.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٣.

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٣.

(٦) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٣.

وأخذ ابن القاسم بقوله الأول[1]. وقال المغيرة: يأخذ الأم وقيمة الولد يوم ولد[2]. فأجاز في القول الأول أخذها قياساً على رد عتقها لو أعتقها المشتري، ومنع في القول الآخر قياساً على ولدها.

وأرى إذا كان الأب ممن له قدر أن تقبل منه القيمة، وإن كان على غير ذلك كان لسيدها أن يأخذها، إلا أن يكون لسيدها تعلق بها فيكون له أخذها في الوجهين جميعاً، فرفع الضرر عنه أولى من رفع الضرر عمن لا ملك له.

واختلف إذا رضي المستحق أن يأخذ القيمة وأحب الواطئ تسليمها؛ فقال ابن القاسم في كتاب القسم: ذلك له على وجه المستحق على القولين جميعاً. وقال أشهب: ذلك للواطئ ولا يجبر على دفع القيمة.

وأرى إذا كان الولد حيّاً وعليه في تسليمها معرة أن يجبر على دفع القيمة، وإن كان الولد ميتاً أو كان ممن لا قدر له لم يجبر.

وإن استحقت الأمة وهي حامل جرت على الأقوال الثلاثة؛ فعلى قوله الأول: إن للمستحق أن يأخذها تؤخر حتى تضع فيأخذها وقيمة الولد، فإن أسقطته قبل ذلك أو ماتت لم يكن له على الأب شيء.

وعلى قوله: إنه يأخذ قيمتها وقيمة الولد يأخذ قيمتها الآن على ما هي عليه ولا ينتظر الوضع.

وعلى قوله الآخر: ليس له إلا أن يأخذ قيمتها يوم حملت، وإن ماتت قبل المحاكمة لم تسقط عنه القيمة.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٣.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٣.

ويختلف متى تكون على أحكام أم الولد؛ فعلى قوله: القيمة فيها يوم حملت تكون على حكم أم[(١)] الولد من أول الحمل.

وعلى قوله: القيمة فيها يوم الحكم يختلف فيها؛ فعلى قول أشهب: لا تكون أم ولد إلا أن تأتي بولد بعد الافتداء؛ لأنه أجاز له أن يسلمها[(٢)] إن أحب. وأمَّا على قول ابن القاسم أنه مجبور على دفع القيمة فيترجح القول فيها فيصح أن يقال أنها لا تكون أم ولد له؛ لأن الافتداء فيها الآن، ويصح أن تكون أم ولد قياساً على الولد أنه يدفع قيمته يوم الحكم وهو على أحكام الأحرار وهو في البطن إلى الآن وأن فيه الغرة إن طرح قبل الولادة والدية إن استهل صارخاً، ويقتل قاتله عمداً إذا قتله[(٣)] بعد الولادة، وإذا كان كذلك فقد كان نماؤه وارتفاع قيمته من[(٤)] يوم ولد إلى يوم الحكم وهو حر، وقد يكون / اليوم رجلاً وله أولاد فإن مات الولد قبل الاستحقاق لم تسقط القيمة؛ لأنه (ف) ٣٢٥/أ
مات وهو حر وورث[(٥)] بالحرية.

وعلى قول مالك أن القيمة يوم الحكم؛ لأنَّ الأب لم يكن متعدياً بالإصابة فتعلق القيمة بذمته إن هلك قبل الاستحقاق؛ لأنه يقول: لو زوجتها وأتت بهذا الولد فمات قبل الاستحقاق لم أضمنه، فإذا كان مني لم أضمنه أيضاً، فإذا لم أضمنه كانت القيمة يوم تعديه[(٦)].

---

(١) قوله: (أم) ساقط من (ق٩).

(٢) قوله: (أن يسلمها) في (ق٩): (تسليمها).

(٣) في (ق٩): (قتل).

(٤) قوله: (من) ساقط من (ق٩).

(٥) في (ق٢): (ويوارث)، وفي (ق٩): (وتوارثت).

(٦) في (ق٩) و(ف): (يفتديه).

فصل
[في استحقاق الغرة بقتل جنين أو الولد]

وقال ابن القاسم: إن ضرب رجل بطنها فألقت جنيناً ميتاً؛ كان على الضارب الغرة(١) للأب، وعلى الأب عشر قيمة الأم ما لم تكن أكثر من الغرة فلا يغرم غير ما أخذ، وإن ولدته حياً لم يكن على الأب شيء، وإن قتل خطأ كان على عاقلة القاتل الدية منجمة في ثلاث سنين، وعلى الأب قيمته يوم قتل ما لم تكن قيمته أكثر من الدية(٢).

وعلى أصله إن استحق قبل أن يقبض الأب شيئاً لم يغرم حتى يقبض فيقضي من أول نجم، فإن لم يوف منه فمن الثاني ثم من الثالث.

وإن استحق بعد أن قبض الأب الدية وأنفقها لم يكن للمستحق على العاقلة مقال؛ لأنهم غرموا بالحرية والمقال فيها للأب والسيد يستحق بالرق والمقال له على الأب، وإن قتل الولد عمداً كان للأب أن يقتص أو يعفو ولا مقال للمستحق على الأب ولا على القاتل، وإن صالح على أقل من الدية كان للمستحق قيمة الولد يوم قتل(٣) ما لم تكن أكثر مما صالح عليه وكل هذا، فعلى قوله: بأن القيمة يوم الحكم، وعلى القول: بأن القيمة يوم ولد فإنه لا ينظر إلى موته ولا إلى قتله خطأ أو عمداً ولا إلى ما أخذ فيه قليلاً كان أو كثيراً؛ لأن القيمة ثابتة عليه وإن لم يأخذ شيئاً.

وقال أشهب: إذا قتل خطأ فالدية للأب ولا شيء عليه للمستحق وهو

---

(١) الغرة: العبد والأمة، وفي الحديث قضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة (من مختار الصحاح).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٠، والنوادر والزيادات: ١٣/ ١٧٦.

(٣) قوله: (يوم قتل) ساقط من (ق٩).

كالموت، قال: ولو ضرب رجل بطن هذه الأمة فألقت جنيناً كانت الغرة للأب ولا شيء عليه للمستحق[(١)]. وقول مالك أحسن؛ لأن الدية ثمن[(٢)] للرقبة وليس له أن يأخذها ولا يغرم شيئاً.

فصل
[في استحقاق الجناية على ولد الأَمة]

وإذا قطعت يد الولد خطأ كان للمستحق عند مالك قيمة الولد يوم الحكم أقطع اليد[(٣)].

واختلف[(٤)] في اليد، فقال ابن القاسم: يقوم صحيحاً يوم جنى عليه وقيمته أقطع؛ فيأخذ المستحق ما بينهما من دية اليد، ويكون الفضل للأب[(٥)]. وقال سحنون مرة: دية اليد[(٦)] للابن والأب وهو الغارم من ماله ديتها ما لم تجاوز ما أخذ فيها. وقال مرة: يغرم للمستحق من ديتها، والفاضل للابن ثم قال أوقف القولين حتى أنظر.

وقال أشهب: دية اليد للابن ولا شيء للمستحق على الأب ولا على الابن، ومضى على أصله في ذلك إذا قتل خطأ ألا شيء للمستحق من الدية على الأب ولا غيره[(٧)].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٩

(٢) في (ق٢): (عن).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٠.

(٤) زاد في (ف): (إذا قطعت يد الولد).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٠.

(٦) قوله: (ويكون الفضل للأب، وقال سحنون مرة: دية اليد) ساقط من (ق٩).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٩٦.

ورأى سحنون أن دية اليد بمنزلة ما لم يقطع من اليد أنه لما كان على الأب أن يغرم قيمة الولد وليس على الولد أن يغرم قيمة نفسه ولا أن يفتديها وأن الغرم على الأب؛ لأنه السبب في الإيلاد فكذلك إذا قطع؛ فإن من[١] مقال الابن أن يقول: على الأب أن يغرم عني وأنا أحق بيدي[٢].

والقول أن الغرم من الدية أحسن قياساً على قتله أنه ليس على الأب أن يغرم إلا ما يصل إليه من ديته فإن لم تكن للقاتل عاقلة ولم يأخذ الأب شيئاً لم يغرم شيئاً وكان كموته، ولو قتل الولد خطأً وخلَّف ولداً من امرأة حرة بدئ المستحق من ديته بالقيمة وكان الباقي موروثاً على فرائض الله سبحانه.

فصل
[فيمن يطالبه مستحق قيمة ولد الأمة]

واختلف هل يقوم الولد بماله؟ وإذا كان الأب[٣] فقيراً يرجع المستحق على الولد؟ وإذا مات الأب قبل أن يستحق الولد هل تؤخذ القيمة من تركته؟ فقال ابن القاسم في العتبية: يقوم الولد بغير مال[٤]، وقال المخزومي: يقوم بماله[٥] والقياس على القول[٦] أن القيمة يوم الحكم أن يكون للمستحق مقال في المال، وإذا كان له فيه مقال كان من مقال الأب أن يقول: لا يقوم عليَّ؛ لأنه يقدر على انتزاعه ولا يقوم عليه إلا ما يصح تسليمه كالولد نفسه إذا كان قائم

(١) قوله: (من) ساقط من (ق٢).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٩٦.

(٣) قوله: (الأب) ساقط من (ق٢).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٧٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٣/ ٣٤٠.

(٦) في (ق٩): (قوله).

العين افتداه؛ لأنه لا يقدر على تسليمه، فإذا قتل وصار مالاً سقط عنه الغرم وأخذت القيمة من الدية، وقد تقدَّم القول في القيمة أنها يوم ولد أحسن ولا ينظر إلى ما في يده الآن.

وقال ابن القاسم: إذا كان الأب فقيراً والابن موسراً؛ غرم الابنُ قيمةَ نفسه ولم يرجع بها على الأب متى أيسر(١)، وقال غيره: لا شيء على الابن. والأول أصوب؛ لأن الولد هو المتعدي(٢)، فإذا كان الأب فقيراً لم يبطل حق المستحق، ولو قيل: إن ذلك على الابن ابتداء في يسر الأب لكان وجهاً.

وقال ابن القاسم: إذا مات الأب ولم يدع مالاً اتبع المستحق الولد بالقيمة(٣).

وعلى قول غيره لا يكون على الابن شيء، والقياس ألا شيء على الأب ولو مات موسراً؛ لأن الافتداء إنما يجب على الأب/ إذا قيم عليه فيغرم قيمة (ف) ٣٢٥/ب
الولد يوم الحكم، ولا يصح أن يموت الأب ثم يستحق الولد بعد عشر سنين ويقوّم على حاله يوم استحق فتؤخذ تلك القيمة من تركته.

وقد اختلف في أمِّ الولد تجني ثم يموت السيد قبل أن يقام عليه؛ فقال ابن القاسم: لا شيء عليه إذا مات فقيراً ولا عليها، وقال غيره: إنما يكون ذلك عليه مع اليسر إذا قيم عليه قبل أن يموت وإلا فذلك عليها ولا شيء على السيد(٤). وهذا هو الصحيح فيها وفي الأب.

---

(١) انظر: التفريع: ٢/ ٣١٠.
(٢) في (ف) و(ق٢): (المفتدي).
(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٩.
(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٦٠٠.

باب
فيمن بنى مسجداً ثم استحقت الأرض أو بنى داراً ثم ثبت أنها مسجدٌ أو حبس على معين أو مجهول(١)

وقال ابن القاسم فيمن بنى داراً مسجداً ثم استحقت الأرض: أن للمستحق أن يهدم ذلك، كمن أعتق عبداً ثم استحق أن العتق يرد، فكذلك المسجد(٢).

وقال ابن عبدوس(٣): قال سحنون: هذا إذا كان الباني غاصباً للقاعة، فأمَّا إن بنى بوجه شبهة فإنه يقال للمستحق: أعطه قيمة البناء قائماً، قال: قلت: كيف يعطيه قيمة البناء قائماً والنقض لا يجوز بيعه لأنه حبس؟ فقال: تجعل القيمة في مثله ويجعل في مسجدٍ(٤).

قال: وقال(٥) سحنون بعد ذلك فيمن اشترى قاعة فبناها ثم ثبت أنها حبس قال(٦): يقلع النقض، وهو قول ابن القاسم، ذكره في النوادر(٧). قال قلت: وكيف يقلع النقض(٨) وقد بنى بوجه شبهة؟ قال: فمن يعطيه قيمة بنيانه؟

(١) قوله: (أو حبس على معين أو مجهول) ساقط من (ق٢).
(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٣.
(٣) زاد في (ف): (يهدم ولو كان بوجه شبهة، و).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٨١. ولكن لم ينسبه لابن عبدوس!!.
(٥) قوله: (وقال) ساقط من (ق٢).
(٦) قوله: (قال) ساقط من (ق٩).
(٧) قوله: (وهو قول ابن القاسم، ذكره في النوادر) ساقط من (ق٩) و(ق٢). وانظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤١١.
(٨) قوله: (النقض) ساقط من (ق٢).

قلت: فيكونان شريكين فأنكر ذلك[١].

وقال بعض أصحابنا[٢]: إذاً يكون هذا بيعاً للحبس وهو يسمع فسكت، فقيل له: يعطيه مستحق[٣] الحبس قيمة بنيانه، فلم ير ذلك[٤].

وقال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ[٥]: وقول ابن عبدوس في المسألة الأولى: أن يهدم البناء وإن كان بوجه شبهة هو الظاهر من قول ابن القاسم، ولو جاز أن يدفع قيمته لقال: إن كان البناء بوجه شبهة لم يهدم عليه، وقيل للمستحق: أعطه قيمته قائماً أو يعطيك قيمة أرضك، وإن كان على وجه التعدي أعطاه قيمته مهدوماً وبقي له قائماً. وقول سحنون في هذا أحسن؛ لأن المستحق يأخذ بحق تقدم الحبس ويرده من[٦] أصله، فيكون له إذا تعدى أن يأخذ ما لا بد من نقضه وهدمه؛ لأن بناء المسجد لا يوافق بناء الديار، فما كان من ذلك لا يُستغنى عن هدمه هدم وجعل في غيره، وما كان منه يُستغنى عن هدمه أخذ قيمته وإن كان بوجه شبهة وأبى المستحق من دفع قيمة البناء، والآخر[٧] من دفع قيمة الأرض كانا شريكين، فإن حمل القسم وكان فيما ينوب الحبس ما يكون مسجداً قسم، وإن لم يحمل القسم ولم يكن فيه ما يكون مسجداً بيع وجعل في مثله، وأمَّا إذا تقدم الحبس فبنى أرضاً داراً ثم ثبت أنها مسجد لم يكن للباني قيمته قائماً؛ لأن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤١١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤١١.

(٣) قوله: (يعطيه مستحق) في (ق٩): (فيعطيه فيستحق).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤١١.

(٥) قوله: (وقال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ) ساقط من (ق٢).

(٦) في (ف): (على).

(٧) في (ف): (وأبى الآخر).

الحبس تقدم بوجه صحيح، وإن ثبت أن القاعة حبس على معينين قيل للمحبس عليهم أعطوه قيمته قائماً، ويكون لكم الانتفاع به إلى وقت يسقط حقكم في الحبس بالموت أو بانقضاء الأجل إن كان مؤجلاً، فإن رجعت الأرض إلى من حبسها كان لورثة المحبس عليهم أن يأخذوا قيمة ذلك قائماً كما كان لوليهم؛ لأنهم يحلون محله، فإن أبى كانوا شركاء معه بقدر ذلك، وإن أبى المحبس عليهم أن يعطوه قيمة البناء قائماً قيل لمالك الأرض: أعطه قيمة ذلك قائماً ويكون شريكاً مع المحبس عليهم بقدره، فإن أبى كان الباني شريكاً بقدر قيمة البناء قائماً فما نابه سكنه أو باعه وما ناب المحبس عليهم سكنوه، فإذا انقضى حقهم في الحبس عاد ذلك القدر إلى المحبس، وهذا على أحد قولي مالك أن الحبس على المعين يعود ملكاً، وأما على القول أن مرجعه مراجع الأحباس، فإنما يعطيه قيمته قائماً على أنه يبقى إلى انقضاء حق من حبس عليهم ثم يهدم، كما تقدَّم في أول الكتاب في الإجارة.

وأمَّا على قول سحنون: أن[1] الحبس وغيره سواء فيجوز للباني أن يعطي قيمة الأرض إذا لم يعطه قيمة البناء وتجعل القيمة في مثله.

* * *

(١) قوله: (أن) ساقط من (ق٩).

باب
في الاستحقاق بعد الصلح

اختلف إذا كان الصلح على الإنكار؛ كالذي يدعي داراً فيصالح على عبدٍ ثم يستحق أحدهما الدار أو العبد؛ فقال ابنُ القاسم: أيهما استحق انتقض الصلح، فإن استحقت الدار رجع في العبد، وإن استحق العبد رجع في دعواه في الدار[١].

وقال سحنون: إن استحقت الدار لم يرجع في العبد؛ لأنه إنما[٢] دفع بما كان دفع من[٣] خصومة وإن استحق العبد رجع بقيمته[٤].

وفي المجموعة: إن استحقت الدار بقرب ذلك[٥] رجع في العبد، وإن تطاول الأمر مما تهلك فيه البينات لم يرجع بشيء؛ لأنه يقول: قد كانت لي بينة فمنعتني بما أعطيتني القيام فلما هلكت بينتي قمت / علي فليس ذلك لك[٦]. (ف) ٣٢٦/أ

وقال ابن القاسم فيمن ادعى سدس دار فصالحه بعد الإنكار على شقص

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ١٧٩.

(٢) زاد في (ق٩): (كان).

(٣) قوله: (من) ساقط من (ق٢).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ١٨٠.

(٥) قوله: (ذلك) ساقط من (ق٢).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ١٨٠. ونصه: «إن كان الصلح على الإنكار، ثم استحقت السلعة بحضرة الصلح، رجع الذي استحقت من يديه على الذي كان صالحه، فأخذ منه ما دفع إليه، وإن كان قد تطاول في مثل ما تهلك فيه البينات، وينقطع فيه العلم، فإن الذي استحقت من يديه، لا يرجع على الذي صالح بشيء ؛ لأن الذي صالح يقول كانت لي بينة عادلة، فمنعتني أن أثبت حقي، دفعتني بما أعطيتني، فلما ذهبت بينتي، وأخذت من يديك بالجور، تريد أن ترجع علي. فلا أرى له عليه شيئا».

أن الشقص[(١)] يستشفع بقيمة السدس؛ فعلى هذا يرجع عند الاستحقاق في الدعوى كالبياعات[(٢)].

وعلى قول سحنون يستشفع في الشقص بقيمته لا بقيمة السدس.

وقال أصبغ: لا يستشفع بشيء، وقول ابن القاسم: إذا استحقت الدار أنه يرجع في العبد أحسن؛ لأن المستحق من يديه يقول للمدعي: إن كنت محقّاً فهو شراء مني فعليك أن ترد العوض، وإن كنت مبطلاً وتقول الآن: إنها داري لم يحل لك أن تتمسك بها تقر أنك أخذته بالباطل ولا وجه للقول أنه دفع خصومة؛ لأن المستحق من يده، يقول: أنت مقر أنك بائع[(٣)] مني وأنك أخذت ذلك على وجه المعاوضة فيكون له الرجوع وإن طال الأمر؛ لأنه يقول: إن كنت محقّاً فلا أكلفك أن تثبت ملكك وقد اشتريت منك.

وقول سحنون: إذا استحق العبد أحسن؛ لأن الصلح يكون في الغالب ببعض قيمة المدعى فيه فلم يجب أن يرجع بقيمة الدار ولا في الدعوى وهو بمنزلة الصداق والخلع والصلح عن الدم العمد؛ لأن ذلك لا يقصد فيه أن يستوفي قيمة الدار[(٤)].

وإن استحق نصف العبد كان للمدعي على أصل ابن القاسم أن يرد الباقي ويرجع في طلبه أو يمسك ورجع في المطالبة بنصف الدار ثم ينقلب الخيار للمدعى عليه، فإن أحب أمضى الصلح في نصف الدار ويقول للمدعي:

---

(١) في (ق٩): (الشفيع).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ١٨٠.

(٣) في (ق٩): (لم تبع).

(٤) في (ق٢): (الأول).

إن شئت تمسكت بنصف العبد على أن لا شيء لك أو ترده وترجع في الخصومة؛ لأني إنما قصدت بالصلح رفع الخصومة وإذا كنت تعود إلى أن تخاصمني كان عليَّ في ذلك ضرر.

وعلى قول سحنون: له أن يرجع بنصف قيمة العبد أو يرد الباقي لعيب الشركة ويرجع بجميع قيمته، وهو أقيس.

فصل
[حكم من تزوجت بحر أو عبد مغتصب]

واختلف فيمن تتزوج بحُرٍّ أو عبد اغتصبه ثم ثبتت الحرية والغصب؛ فقال ابن كنانة وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: يفسخ قبل ويثبت بعد، ولها صداق المثل[(١)]. وقال ابن القاسم في العتبية: لا يفسخ، تعمد الزوج ذلك أو لم يتعمده[(٢)]. يريد: وترجع بقيمته. قال أصبغ: وكذلك لو علمت هي بحريته ولا يعلم هو، إلا أن يعلما جميعاً فيفسخ قبل ويثبت بعد، ويكون لها صداق المثل[(٣)].

وفرَّق سحنون بين الحر والعبد يغتصب، فقال إذا تزوج بعبد اغتصبه: فعليه قيمته والنكاح ثابت بخلاف الحر؛ إذ لا ضمان عليه في الحر ويضمن العبد، ولو كانت عالمة فسخ قبل ويثبت بعد وكان لها صداق المثل، وقول ابن القاسم في هذا أحسن إذا لم يعلما[(٤)] أو يعلم أحدهما أن يكون حكمه حكم الاستحقاق، فيثبت قبل وبعد وترجع بقيمة ذلك العبد.

---

(١) انظر: التلقين: ١/ ١١٥، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٥، والبيان والتحصيل: ٤/ ٢٧٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٥، والبيان والتحصيل: ٤/ ٢٧٥.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٤.

(٤) في (ق٩): (تعلم).

باب
فيمن اشترى عبداً ثم ظهر على عيب فصالح منه على عبدٍ آخر[١] أو باع جارية بعبدٍ فاستحق أحدهما أو بعضه

وقال ابن القاسم فيمن اشترى عبداً فوجد به عيباً فصالح منه على عبد آخر ثم استحق أحدهما: فسبيله سبيل ما اشتري[٢] صفقة واحدة[٣]. يريد: إذا كانا متكافئين أو استحق الأدنى رجع بما ينوب المستحق ولزم الآخر، وسواء كان المستحق الأول أو الآخر[٤] وإن استحق الأجود رد الآخر.

وقول أشهب في هذا إن أخذه الثاني شراء فرجع الأول وكأنه قال: خذ هذا ولا تقم عليَّ في الأول فإن استحق الثاني كان له أن يرد الأول إلا أن يتراضيا على شيء، وإن استحق الأول انفسخ البيع ورد الثاني إن كان قائماً أو قيمته إن كان فائتاً، ورجع بجميع الثمن ومثله إذا وجد عيباً بالآخر أو بالأول أو[٥] وجد به عيباً غير الذي صالح عنه، فعلى قول ابن القاسم يكونان بمنزلة من اشتراهما صفقة واحدة، وقول أشهب بأيهما وجد العيب كان له أن يردهما فإن وجد عيباً بالآخر رده ثم رد الأول بمنزلة من لم يصالح، وإن وجده بالأول ورده رد الآخر؛ لأن البيع انتقض من أوله برد الأول وإن فات الأول ثم وجد به عيباً فصالح منه بعد المعرفة بقيمته على عبد ثم استحق الأول لم

(١) قوله: (آخر) ساقط من (ق٢).
(٢) في (ف) و(ق٢): (من اشترى).
(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٦.
(٤) قوله: (وسواء كان المستحق الأول أو الآخر) ساقط من (ف).
(٥) قوله: (أو) ساقط من (ق٩).

ينتقض البيع في الثاني؛ لأنهما عقدان لا يفسخ أحدهما لاستحقاق الآخر، فإن كان ثمن الأول مائة وقيمة العيب عشرة وهي التي تستحق بعد فوت الأول وهي دين للمشتري أخذ عنها عبداً وإن استحق الأول رجع مشتريه بتسعين عن الأول وتبقى عشرة عن الثاني وإن استحق الثاني رجع بعشرة.

فصل
[فيمن باع جاريةً بعبد فاستحق العبد]

وقال ابن القاسم فيمن باع جاريةً بعبد فاستحق العبد وقد حالت أسواق الجارية: رجع في قيمتها[(١)].

واختلف عن[(٢)] سحنون في ذلك فقال: لا ينتقض البيع/ فيها وإن لم يحل (ف) ٣٢٦/ب
سوقها[(٣)] وقال: ينتقض مثل قول ابن القاسم.

وأرى: أن ترد إن كانت من الوخش، وإن كانت من العليِّ وقال المشتري: لم أصبها وصدقه البائع ردت ولم تحل للبائع حتى يستبرئها، وإن لم يصدقه البائع أو قال المشتري: أصبتها -لم ترد؛ لأنه إذا غاب عليها بعد المواضعة يستأنف فيها الاستبراء، وعلى البائع في الصبر حتى تستبرأ مضرة لما قيل إذا عقد فيه إجارة أنه فوت؛ لأن عليه في الصبر مضرة[(٤)]، ولو تراضيا بردها لم يجز؛ لأنه يأخذ عن دين ما تجب فيه المواضعة إلا أن يستحق العبد أو الجارية في أول دمها فلا تكون الغيبة ولا الإصابة فوتاً، وإن استحق نصف الجارية بعد

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٦.

(٢) في (ق٢): (قول).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٤.

(٤) قوله: (لما قيل إذا عقد فيه إجارة أنه فوت؛ لأن عليه في الصبر مضرة) ساقط من (ق٢).

عتق العبد كان مشتري الجارية بالخيار بين أن يمسك الباقي ويرجع في نصف قيمة العبد أو يرد الباقي ويرجع في قيمة العبد ولا يفيت النصف الباقي حوالة الأسواق[1]؛ لأنه يرده من عيب الشرك والعيب لا يفيته حوالة الأسواق ولو لم يعتق العبد كان مشتري الجارية بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع في عين العبد أو يمسك، ثم يختلف هل يرجع في نصف قيمة العبد أو يرجع شريكاً، ثم يكون الخيار لمشتري العبد بين أن يمسك الباقي أو يرده بعيب الشركة ثم لا تكون حوالة الأسواق في العبد فوتاً.

* * *

(١) انظر في هذا: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٥.

باب
فيمن أوصى عند موته فأنفذت وصيته ثم ثبت أنه عبد، وفيمن شهد عليه[1] بالموت فتزوجت زوجته وقسمت تركته ثم ثبت أنه حيٌّ

وقال ابن القاسم فيمن أوصى عند موته أن يحج عنه فبيع ماله وأنفذت وصيته ثم ثبت أنه عبد، قال: إن كان الميت حرّاً عند الناس فلا ضمان على الوصيِّ ولا على الذي حج وما بيع من ماله وكان قائماً أخذه بعد دفع الثمن[2].

قال[3]: وقال مالك في رجلٍ شهدت بينة بموته فتزوجت زوجته وبيعت تركته ثم أتى الرجل المشهود عليه، قال: ترد إليه زوجته وسواء تعمدت البينة الزور أو شبه عليها[4].

وأمَّا ما بيع من ماله، فإن تعمدت الزور أخذه بغير ثمن، وسواء كان قائماً أو فائتاً تغير في نفسه[5]، أو كان عبداً فأعتق أو دبر أو كوتب، أو أمة اتخذها المشتري أم ولد أو صغيراً فكبر.

وإن شبه عليها كان للمستحق أن يرجع فيما كان قائماً بعد أن يدفع الثمن، وإن فات شيءٌ مما تقدَّم ذكره لم يكن له أن يأخذه ويتبع بالثمن الذي باعه، وإن

---

(١) قوله: (عليه) ساقط من (ق٩).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٨.

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ق٩).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٨.

(٥) زاد في (ف): (أو لم يتغير).

حضروا معركة فصرع فنظروا إليه في القتلى أو[1] طعن فظنوا أنه مات فخرجوا على ذلك وأشهدهم قوم على موته فشهدوا بذلك عند القاضي فهؤلاء يعلم أنهم لم يتعمدوا زوراً، قال: وأما الزور فإذا لم يأتوا بأمر يشبه وعرف كذبهم[2].

قال الشيخ ﷺ: محملهم إذا أتى المشهود عليه على الكذب حتى يثبت الشبهة.

وقال إسماعيل القاضي: إذا كانت الشهادة عند القاضي فذلك سواء شهدوا بزور أو شبه عليهم.

قال: وأحسب أن مالكاً إنما فرق إذا كانت الشهادة عند الورثة وفي المدونة خلاف ما تأوله إسماعيل عن مالك؛ لأنه قال: أو أشهدوهم فشهدوا عند القاضي والأصل في هذين السؤالين إذا استحق الميت أنه عبد أو شهد بموت الآخر ثم أتى مفترق؛ لأن الذي ثبت أنه عبد لم يتقدم على سيده حكم وإنما حكم بوصية آخر وهو العبد، والأصل إذا كان الحكم على رجل ثم تبين أن ذلك الحكم على الآخر أن يكون الثاني على حقه ولا يفيت ماله بيع ولا عتق ولا غيره، وله أن يأخذه بغير ثمن، وسواء كان الأول بتعدٍّ أو بوجه شبهة فلو غصب لرجل عبد فباعه الغاصب من رجل وهو لا يعلم فأعتقه المشتري أو باعه وتداولته الأملاك أو باعه عليه حاكم في دين أو مات فورث عنه كان لمستحقه أن يرد جميع ذلك ويأخذه بغير ثمن.

ولو مات رجل فشهد لولده شهود أنهم لا يعلمون له وارثاً سواه فحكم

---

(١) في (ق٢): (قد).

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٤٨٧.

له وباع تركة أبيه وتداولته الأملاك أو أعتق أو اتخذ أم ولد ثم قدم من أثبت[(١)] أنه ولد للميت كان له أن يقوم في نصيبه من ذلك على أحكام الاستحقاق ويأخذه بغير ثمن ولا يفيته شيء مما تقدم، وهذا أصل المذهب وما وجد على غير ذلك فهو خارج عن الأصل فسيد العبد هاهنا كالأخ الطارئ يرد العتق والبياعات وإن كان الأول بوجه شبهة؛ لأن الحكم لم يكن عليه وقيل فيما بيع من المغانم لا يأخذه صاحبه إلا أن يدفع الثمن وإن لم يكن الحكم بالبيع على صاحبه للاختلاف في الأصل؛ لأنَّ غير واحد من أهل العلم رأى أن لا شيء لصاحبه فيه وإن أدركه قبل القسم. وإذا/ شهد بموت رجل ثم أتى وقد كان الحكم عليه[(٢)] فإن وجد ماله قائماً أخذه بعد دفع الثمن. (ف) ٣٢٧/أ

واختلف إذا تغير بزيادة أو نقصان أو بعتق أو بإيلاد؛ فقال مالك: ذلك فوت[(٣)]، وقال أشهب فيما بيع في المقاسم: لا يفيته العتق ولا الإيلاد وله أن يأخذ ذلك ويرد جميع ما أخذه المشتري، وإن كان لا يأخذه إلا أن يدفع الثمن[(٤)]. وعلى هذا يكون للمشهود عليه بالموت أن يأخذه ولا يفيته عتق ولا نماء ولا نقص وإن كان لا يأخذه إلا بعد دفع الثمن؛ لأن حقه في عين ماله فيمكن من أخذه وحق المشتري في الثمن الذي وزن، ومقاله في هذه[(٥)] في الرد أقوى منه فيما بيع في المقاسم وإن كان القياس أن يأخذه بغير ثمن؛ لأن الشبهة التي وقعت للبينة لا تدفع عنهم أنهم أخطأوا أو غلطوا عليه والخطأ عليه لا

---

(١) قوله: (من أثبت) في (ق٩): (آخر فأثبت).

(٢) قوله: (عليه) ساقط من (ق٩).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٥١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٥١.

(٥) في (ف) و(ق٩): (وهذه).

يسقط ملكه.

واختلف إذا تعمدوا الزور؛ فقال مالك: يرد إليه ماله بغير ثمن وإن كان الأول يحكم عليه. وقال إسماعيل القاضي: لا يرد إليه بخلاف أن يكون بغير حكم. وقال محمد فيمن قام على غائب بدين وأثبته وبيع له بماله[1] ثم أثبت الغائب أنه كان قضى له ذلك الدين، قال: ليس له أن يأخذه إلا بالثمن[2]. وعلى أصل مالك له أن يأخذه بغير ثمن؛ لأن القائم بالدين متعمد بالباطل فأشبه من شهد بالزور. وقال فيمن باع ورثته تركته وعليه دين: فإن علموا رد الغرماء بيعهم بغير ثمن مثل ما تقدم في الذين شهدوا بزور، واختلف إذا لم يعلموا فقال مالك: البيع ماض ولا رد للغرماء[3]. وفرقوا بينه وبين الذين شهدوا بموته؛ لأن ذلك مستحق لأعيان سلعته والغرماء حقهم في ذمة الميت فليس كالمستحق لأعيان السلع. وقال غيره في كتاب الجنايات: للغرماء رد ذلك ما لم يفت بعتق أو اتخاذ أم ولد، وإنما لهم الثمن إن وجدوه، وإلا اتبعوا به من أخذه[4].

وأمَّا الزوجة فسوى مالك بين الذين شهدوا بزور أو شبه عليهم بخلاف المال؛ لأنه يصح زوال الملك إذا بيع بوجه شبهة ولا يصح أن تمضي زوجة رجل لآخر إذا تزوجها بشبهة من غير طلاق من الأول وليست كزوجة المفقود؛ لأن الحكم كان لها لأجل قيامها بالضرر مع إمكان أن يكون حيّاً ولهذا

(١) قوله: (بماله) ساقط من (ق٩).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٦٠٥.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٦٠٥، وانظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٥١.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٦٠٥، وانظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٥١.

طلق عليه ولم يقسم ماله والآخر قيم بموته ليقسم ماله وليس القصد الطلاق وإنما الحكم بالموت يوجب لها أن تتزوج وليس لأنه تترقب حياته.

وفي المجموعة: في امرأة جعل لها زوجها إن غاب سنة فأمرها بيدها، فغاب عنها سنة؛ فاختارت نفسها وتزوجت، ثم قدم زوجها(١) فأثبت البينة أنه قدم قبل السنة، قال: ترد إلى زوجها(٢) وتنزع من الزوج الآخر وإن دخل بها، فلم يجعل التزويج والدخول فوتاً؛ لأن التعدي منها وهي بمنزلة من باع سلعة ثم تعدى فباعها من آخر أنها ترد إلى الأول.

فصل
[في استحقاق المُسلم فيه أو الثمن ووقت الاستحقاق]

ومن أسلم ثوبين في فرس فاستحق الوجه منهما رد الباقي(٣).

واختلف إذا استحق الأدنى أو كانا متكافئين؛ فقال ابن القاسم: يرجع المسلم إليه بقيمة المستحق ويثبت السلم(٤). وقال سحنون: يحط من السلم بقدر المستحق، إن كان المستحق الربع أو الخمس سقط من الفرس ربعه أو خمسه(٥).

قال الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المعروف من قول مالك وابن القاسم ألا يرجع بقيمة المستحق وإنما يرجع في قيمة ما أسلم(٦) عليه ويرجع(٧) شريكاً وإذا كان الحكم

(١) قوله: (إن غاب سنة... ثم قدم زوجها) ساقط من (ق٩).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٩١.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢١١.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢١١.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣١٤، والبيان والتحصيل: ١١/ ١٦٨.

(٦) في (ف) و(ق٢): (سلم).

(٧) في (ق٢): (ويكون).

الرجوع في قيمة ما ينوبه من الفرس وكان الأجل قد حل[(١)] أخذ الفرس ودفع قيمة ربعه يوم يأخذه، وإن استحق قبل محل الأجل كان بالخيار، فإن أحب دفع قيمة ربعه[(٢)] الآن على أنه يقبض إلى ما بقي من الأجل وإن أحب أمهل حتى يحل الأجل ويقع التقابض فيدفع إليه قيمة ذلك الربع على الحلول، وإن كان الاستحقاق بعد حلول الأجل وبعد قبض الفرس لم يكن عليه القيمة إلا يوم قبض؛ لأنه ذلك اليوم ضمنه وعمرت ذمته به، وقد تقدَّم ذكرُ هذا الأصل في كتاب العيوب بأبسط من هذا، والله الموفق للصواب.

تمَّ كتابُ الاستحقاق بحمد الله تعالى
وحسن عونه، وصلى الله على سيدنا ومولانا
محمد وعلى آله وصحبه وسلم

---

(١) قوله: (قد حل) ساقط من (ق٩).

(٢) قوله: (يوم يأخذه...دفع قيمة ربعه) ساقط من (ق٢).

كتاب القسم

النسخ المقابل عليها:

١ـ (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

٢ـ (ق٦) = نسخة القرويين رقم (٣٦٨)

٣ـ (ق٧) = نسخة القرويين رقم (٣٦٧)

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد
وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب القسم

الأصل في القسمة قول الله ﷻ: ﴿ **وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُوا۟ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ** ﴾ [النساء:٨] الآية. وقول النبي/ ﷺ: «**الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ**». (ف) ٣٢٧/ب

وفي القسم بالقرعة لقوله ﷺ: «**مَثَلُ الْقَائِمِ فِي حُدُودِ اللهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا سَفِينَةً فَأَصَابَ قَوْمٌ أَعْلاَهَا وَقَوْمٌ أَسْفَلَهَا**» الحديث أخرجه البخاري ومسلم.

وحديث عمران بن حصين قال: أَعْتَقَ رَجُلٌ سِتَّةَ أَعْبُدٍ عِنْدَ وَفَاتِهِ فَجَزَّأَهُمْ النَّبِيُّ ﷺ أَثْلاَثًا وأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً. أخرجه مسلم.

وفي شرع من قبلنا قوله سبحانه: ﴿ **إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ** ﴾ [آل عمران:٤٤] وقوله: ﴿ **فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ** ﴾ [الصافات:١٤١].

* * *

باب
في قسمة الدور والأرضين

ومن المدونة قال ابن القاسم في رجلين اقتسما داراً على أن أخذ أحدهما العلو والآخر السفل: ذلك جائز، وهو بالتراضي [(١)].

واختلف في القرعة بالمنع والإجازة، وقال ابن الماجشون في كتابه: إذا كان ذلك بغير سهم جاز، وإن كان على جهة الاستهام وما يجري من التعديل لم يجز إلا أن يكون ذلك هو التعديل، والتعديل إنما يحتاج إليه بالقرعة وَأَمَّا بالتراضي فيجوز، هذا أحسن، وتباين الأغراض فيما بين العلو والسفل أخف من تباينهما في جمع الجديد إلى القديم ، وقد أجازه ابن القاسم [(٢)].

ويراعى في قسمة الديار وجهان: موضعها وصفتها، فأما موضعها فإن كانتا في محل واحد أو محلتين متقاربتين -جُمِعَا بالقرعة، وسواء كانتا في وسط البلد أو طرفه، وإن كانت إحداهما في وسطه والأخرى في طرفه أو في طرفين - لم يجمعا، وإن كانتا في وسط وتباين ما بين الموضعين- أحدهما في محلة شرقية، والأخرى مرغوب عنها- لم يجمعا، وقد استخف ذلك في البلد الصغير.

وإن اختلف الورثة في دار سكنى الميت هل تجمع مع غيرها؟ فإن كان جميعها في محلة واحدة -جمعت في القسم، وإن افترقت المحلات -لم تجمع، وقسمت بانفرادها إن حملها القسم، وإلا تبايعوها، إلا أن يكون الورثة عصبة ولم يتقدم لهم سكنى لذلك الموضع، ولم يكن الميت ممن يشرف بسكنى داره،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٣٨، ١١/ ٢١١.

فتكون تلك الدار وغيرها سواء.

وأما صفتها فإن اختلفت فكان منها الجديد والقديم والرث وهي ذوات عدد -قسم الجديد بانفراده والقديم بانفراده، وإن كانت دارين: جديدة، وقديمة -جمعا جميعاً [(١)] في القرعة وهذه ضرورة وليس كالأول؛ لأن له مندوحة عنه، وإنما يبتدأ بما هو أقل غرراً [(٢)] كما قال في الأرضين: يقسم الكريم بانفراده، والدني بانفراده، فإن كانت أرضاً واحدة بعضها جيد وبعضها رديء -قسمت قسماً واحداً [(٣)].

قال في كتاب الوصايا: فإن صار لهذا مبذر خمسة أمداء لكرم الأرض، والآخر مبذر أربعين مديا لرداءة الأرض -قسمت بالقرعة، وكذلك الدور [(٤)].

وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسير؛ مثل أن يكون قيمة إحداهما مائة والأخرى تسعون - فلا بأس أن يقترعا بينهما على من صارت إليه التي قيمتها مائة أعطى صاحبه خمسة دنانير؛ لأن هذا مما لابد منه، ولا يتفق في الغالب أن يكون قيمة الدارين سواء.

وتجمع الحوانيت إذا كانت في سوق واحد أو في سوقين تتقارب فيها الأغراض، وإن تباينت مما يرى أنه لو علم أحدهما أنه يصير إليه ذلك لم يرض بالقرعة -لم تجمع، ولا تجمع الديار إلى الحوانيت ولا إلى الفنادق ولا إلى الحمَّامات.

وأما جمع فندق إلى حمام فيسأل عنه أهل المعرفة باكتساب الرباع، فإن قالوا

---

(١) قوله: (جميعاً) ساقط من (ق٦).

(٢) في (ق٦): (عدداً).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٧.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٣٧٣.

أنهما مما يتقارب فيهما الأغراض؛ لأنها مستغلات كلها جمعت، وإلا لم تجمع. ولا تجمع[١] الحوانيت إلى الفنادق، وقد يستخف جمع الحوانيت إلى ديار الغلة إذا قيل أن الغرر في ذلك يسير.

فصل
[في قسم الأرضين إذا تقاربت واختلفت في الكرم]

واختلف في قسم الأرضين إذا تقاربت واختلفت في الكرم، فقال ابن القاسم: لا تجمع في القسم[٢]، وكذلك إن كانت متقاربة في الكرم، وتباعد ما بينهما كاليوم واليومين لم تجمع[٣].

وقال أشهب في مدونته: إن كانت متقاربة في نمط واحد ومكان واحد وبعضها أكرم من بعض وبعض الدور أعمر من بعض؛ فإنها تجمع لمن طلب جمع حصته في مكان واحد [٤]، إلا أن يكبر [٥] حظه عن دار أو أرض؛ فتجمع له في دار أو أرض أخر، ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة على ما يتراضون عليه.

وإن كانت الدور والأرضون متباعدة ليست في نمط واحد قسم الذين أرادوا التفرقة حظوظهم من كل دار أو كل أرض، ثم يقال للذين أرادوا الجمع: اقتسموا كيف شئتم تتراضوا عليه [٦] وإنما أراد به أنه إذا كانت متقاربة

(١) قوله: (ولا تجمع) ساقط من (ق٧).
(٢) في (ق٦): (في ذلك).
(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٦.
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢١٠.
(٥) قوله: (يكبر) في (ق٦): (يكثر) وفي (ق٢): (يكون).
(٦) قوله: (تتراضوا عليه) ساقط من (ق٦) و(ق٧).

يبدأ بالقسم لمن أراد الجمع؛ لأن ذلك الحكم، ويوقف الآخرون عن القسم ويسقطون [(١)] مقالهم في أنفسهم.

فإن كان الذي / أراد الجمع واحداً -كان الضرب على الديار، فيكتب أسماء الديار ويخلط، فأيها خرج أولاً -كان له، ثم يرجع الآخرون فيقتسمون كل دار وكل أرض بانفرادها، وإن كانت متباعدة ابتدئ بالذين أرادوا التفرقة، وتقسم كل دار وكل أرض على سهامهم بالقرعة. (ف) ٣٢٨/أ

فإذا أخذوا ذلك بقي بقية تلك الدار والأرضين[(٢)] على ما كانت عليه الشركة قبل أن يأخذها أولاً الباقون أنصباؤهم[(٣)] ثم يجمع الباقون بالتراضي؛ لأن من أصله أنه يجوز في مثل هذا التراضي لا[(٤)] القرعة.

وقد فسر ابن عبدوس قوله على غير هذا، وأخذ سحنون بقول أشهب في الأرضين وخالفه في الديار قال: لأن الديار تكون في نمط واحد وهي مختلفة النَّفَاقِ [(٥)] قال: ومن داري إلى الجامع نمط واحد وهو شديد الاختلاف [(٦)].

وإن كانت أرضاً واحدة لا يتسع قسم جيدها ورديئها بانفراده، قسمت قسماً واحداً وإن صار جيدها ناحية ورديئها ناحية. وهو قول مالك في كتاب الوصايا وقد تقدم.

* * *

---

(١) في (ق٦): (وأسقط).

(٢) في (ق٧): (الأرض).

(٣) في (ق٧): (ولا أنصبائهم).

(٤) قوله: (لا) ساقط من (ق٧).

(٥) أَيْ: الرَّوَاجِ فمنها الأعلى والمتوسط والأدنى.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢١٠.

باب
في قسمة الشجر ومن ادعى داراً في يد رجل أو أنه وارث معه

قد تقدم القول أن ما تقاربت الأغراض فيه يجمع، وما تباعدت لم يجمع؛ فالنخيل والأعناب والزيتون والفواكه هذه الأربعة كل واحد منها صنف لا يجمع إلى الآخر بالقرعة والجبر[١].

واختلف إذا تراضوا على قسمته[٢] بالقرعة فأصل ابن القاسم في هذا المنع، وأشهب الإجازة. [٣]

وأجازه ابن القاسم مرة فيما قلَّ فقال في رجلين بينهما نخلة وزيتونة: لا بأس أن يقتسماها بالتراضي إذا اعتدلتا في القسم وإن كرها لم يجبرا، وإن كانتا لا تعتدلان تَقَاوَمَاهُمَا أو بَاعَاهُمَا[٤].

فقوله: إذا اعتدلتا دليل على إجازة ذلك بالقرعة؛ لأن التراضي لا يراعى فيه الاعتدال، وهذا للضرورة فيما قل كما أجاز في الأرض الواحدة، بخلاف أن يكثر النخل والشجر فإنه يقسم كل صنف بانفراده.

والنخيل على اختلاف أجناسها صنف يجمع في القسم، وإن صار لأحدهم برني وللآخر عجوة، ويستحسن إذا كان الجيد ناحية والرديء ناحية، وكل واحد يحمل القسم بانفراده أن يقسم على الانفراد.والزيتون كله صنف

---

(١) قوله: (والجبر) ساقط من (ق٦).

(٢) قوله: (على قسمته) ساقط من (ق٦، ق٧).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٠.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٧.

وإن اختلفت أجناسه.

والعنب صنف، وإن كان منه الأبيض والأسود والصيفي والشتوي، ويستحسن إذا كان كل نوع ناحية ويحمل القسم بانفراده أن يقسم على الانفراد، فإن لم يفعلوا لم يفسخ وجعل[١] ابن عبدوس تباينها في الفضل؛ كتباين الأرضين في الكَرَمِ[٢] وقد يحمل قوله على الاستحسان. واختلف في الفواكه كَالتُّفَّاحِ والرُّمَّانِ والخَوْخ[٣] وغيرها.

فذهب ابن القاسم في المدونة إلى أنها صنف، فقال: إذا كان جِنَانٌ فيه تُفَّاح ورُمَّان وخَوْخ وأُتْرُج[٤] وأنواع[٥] الفواكه وهي مختلطة، جُمِعَ لكل واحد نصيبه في موضع كما قال مالك في الحائط فيه الْبَرْنِيُّ وَالصَّيْحَانِيُّ واللوز وَالْجُعْرُورُ أنه يقسم على القيمة ولا ينظر[٦] إلى ما يصير في حظ هذا من ألوان التمر، وإن كانت جنات؛ جنان تفاح على حدة وكل نوع على حدة، وكل واحد يحمل القسم؛ قسم كل جنان على حدته[٧]؛ يريد: وإن لم يحمل القسم جمعت فشبه اختلاف الفواكه باختلاف النخيل.

(١) قوله: (يفسخ وجعل) في (ق٦): (يقسم وأجاز).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢١٣. قال ابن عبدوس: قال سحنون: والشجر وإن كان بعضها أفضل من بعض أو الأرض بعضها أكرم من بعض فلتُجمع في القسم إلا أن يأتي من ذلك أمر متباين فإذا تقارب ذلك جُمع.

(٣) قوله: (والخوخ) ساقط من (ق٦).

(٤) قوله: (وخوخ وأترج) ساقط من (ق٦).

(٥) في (ق٦) (وأصناف).

(٦) في (ق٦، ق٧): (يلتفت).

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٧ و٢٦٨.

وقال عبد الملك في كتابه [(١)]: إذا كانت الثمار مختلطة في الجنان، وكانت شبيهة بالتناصف في اختلاطها جاز جمعها، وإن كان أكثرها صنفاً قسم ذلك الصنف بالسهم، وقسم ما سواه مختلطاً إذا أشبهه وحكاه عن مالك، وإن كان كل صنف على حدته [(٢)] فالقسم في جميعه ممتنع إلا أن يقسم كل صنف على حدته، ويلزم على قول ابن القاسم مثل ذلك في النخيل إذا كان متباين الاختلاف، والجيد يحمل القسم بانفراده والرديء يحمل القسم أن يقسم كل شيء منه على الانفراد؛ لأنه يشبه اختلاف الفواكه باختلاف النخيل.

وقال [(٣)] في الفواكه إذا كان كل صنف يحمل القسم لم يجمع [(٤)]، وهذا قول ابن عبدوس.

فصل
[في حكم اختلاف السقي]

ويراعى اختلاف السقي، فقال في المدونة: إن استوت العيون في سقيها الأرض جمعت وإن اختلفت في سقيها الأرض وغورها [(٥)] قسمت كل أرض وعيونها على حدة [(٦)].

وعلى قوله لا يجمع البَعْلُ مع ذات العين ولا مع ذات البئر، ولا ذات عين مع ذات بئر، ولا يخلو الأرضان من ستة أوجه: إما أن يكونا بعلاً لا سقي لهما،

---

(١) قوله: (كتابه) ساقط من (ق٦).

(٢) في (ق٦): (جهة).

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ق٦).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٧.

(٥) في (ق٦): عددها.

(٦) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٣ و٢٧٤.

أو تسقيهما العيون، أو يسقيان بالغرب [(١)]، أو إحداهما بعلا والأخرى ذات عين، أو بعلا وذات بئر، أو ذات عين وذات بئر.

فعلى قول ابن القاسم لا يجمعان إلا أن يكونا بعلاً، أو لكل واحدة عين متساوية في السقي أو متقاربة، أو كل واحدة ذات بئر متقاربة في الغرز فإن كانتا على غير ذلك لم تجمعا / . (ف) ٣٢٨/ب

وقال أشهب في مدونته: لا يجمع البعل[(٢)] مع السقي [(٣)]، وهذا مثل قول ابن القاسم.

وروى ابن وهب عن مالك أنه يقسم البعل مع العيون إذا كان شبيها في الفضل، [(٤)] وهذا خلاف ما ذهب إليه ابن القاسم وأشهب.

وقال محمد بن مسلمة: يقسم البعل مع العيون، ولا يقسم البعل مع النَّضح إلا برضا أهله، ولا وجه لهذا بل البَعْلُ مع النَّضْحِ أقرب من البعل مع العين.

فصل
[في صفة القسم]

في صفة القسم، قال ابن عبدوس: يُقَوِّم القاسمُ النخل نخلة نخلة، إذا كان من أهل المعرفة بقيمة ذلك الموضع، ويسأل أهل الخبرة بما عرف من حمل

---

(١) الغَرْبُ: هو الدلو الكبير الذي يُسْتَقَى به على السانية. انظر لسان العرب: ١ / ٦٤٢.

(٢) قال ابن حبيبٍ: البَعْلُ: ما يشرب بعروقه من غير سقيٍ سماءٍ ولا غيرها، والسَّيحُ ما يشرب بالعيون. والعِدِّيُّ والعَثَرِيُّ: ما تسقيه السماء.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢١١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢١٢. وانظر الموطأ: ٢ / ٧٤٧.

كل نخلة، فقد تكون الشجرة لها منظرة قليلة الثمرة، وأخرى لا منظرة لها كثيرة الثمرة فإذا فرغ [١] من ذلك جمعها كلها وقسمها على قدر السهام، ثم يضرب بالسهم على أي الطرفين يبدأ، ثم تجمع أسماء الأشراك ثم يخلطها في كمه، ثم يخرج أول سهم ثم الثاني ثم الثالث؛ فإذا عرف ذلك بدأ بالأول فأعطاه من الناحية التي وقع عليها السهم شجرة شجرة، فإن بقي لأحدهم كسر من القيمة كانا شريكين بما بقي له في شجره.

وأجاز ابن القاسم أن يقسم الدار الغائبة على الصفة[٢]، وقال سحنون: لا يجوز.

والأول أحسن إذا كان الباب لا يتغير أو يحدث الثاني في تلك المحلة، وإن كان يفتح إلى محلة أخرى لم يجز إلا أن يكون القاسم عالماً بفتح الديار بالمحلة الأخرى؛ لأن قيم الدار تختلف مع تساوي البناء لاختلاف المحلات.

فصل
[في حكم القضاء في الديار وأهلها غائبون]

ومن المدونة قال مالك في الدار: لا يقضى على أهلها فيها وهم غيب إلا أن تطول الغيبة فيها[٣]، مثل الأندلس وطنجة فينظر السلطان في ذلك [٤]؛ يريد: الأندلس من المدينة.

وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: أما علماؤنا بالمدينة وحكامنا

---

(١) في (ق٦): (فرغا).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٣١٧.

(٣) قوله: (فيها) ساقط من (ق٦).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٣١٧.

فقولهم والعمل عندهم أن يحكم على الغائب في جميع الأشياء(١) بعد ضرب الأجل على قدر مسافة البلد الذي هو به، والآجال في الديون أطول منها في الرباع. قال: ويحضر وكيله، فإن لم يكن فالمعني بأمره من أهله والصديق والصاحب، ومن يستضيف إليه ويعلم من أمره، وأنكر قول ابن القاسم (٢).

وإنما رأى أن الآجال في الدين أوسع من القضاء في الديار؛ لأنه إذا ادعيت وحكم بها للمدعي، ثم قدم الغائب فأثبت ما يسقط الدعوى انتزعها؛ وإن تداولها رجال بالبيع، وإن بيعت لقضاء دين؛ فأثبت الغائب أنه قد قضاه بعد أن تداولتها بياعات لم يرد، وإنما يأخذها إذا وجد في يد المشتري من القاضي بعد دفع الثمن.

واختلف إذا ادعى ميراثاً، فرأى ابن القاسم الجواب فيها كالأول لا يقضى بها إلا في ما يقضى به لو ادعيت بغير ميراث.

وقال أشهب في مدونته: إذا ادعيت بغير ميراث سمعت بينة المدعي، وأخر القاضي حتى يقدم أو يكتب إليه، إلا أن يكون كونه في يده قريباً مثل أن يموت أبوه من سنة أو سنتين، أو يعلم أنها في يد الغائب بميراث وأقام هذا البينة أنه ابن الميت، فيقضى له بنصيبه فيها ولا ينتظر(٣) قدوم الغائب؛ إلا أن يطول كون الدار في يد الغائب السنين الكثيرة(٤)، وينقطع الخبر بما صارت(٥) إليه، فيلحق نسب هذا ولا يقضى له بالدار حتى يَقْدَمَ الغائب.

---

(١) قوله: (الأشياء) زاد بعدها في (ف): (ولا يحكم على غائب إلا).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٢٠٢.

(٣) في (ق٦): (ينظر).

(٤) قوله: (السنين الكثيرة) ساقط من (ق٦).

(٥) في (ق٦): (دارت).

قال الشيخ ﷺ:[١] يريد: إذا كان أمر الدار مشهوراً أنها دار الميت قضي له بنصيبه منها[٢] الآن، فإن اندرس خبرها وصارت عملها أنها له بالبحث والشهادة، كانت الدعوى فيها بالميراث وغيره سواء.

واختلف بعد القول ألا يحكم على الغائب في الرِّبَاعِ، هل تكون المحاكمة في موضع الدار أو في[٣] موضع المحكوم عليه؟

فقال ابن القاسم: إذا كان المدعى[٤] عليه غائباً كتب إليه ليقدم ليخاصم أو يُوَكِّل، وقيل: المحاكمة في موضع المطلوب، والأول أحسن. ومن حق الطالب أن يسمع بينته ويستقصي منافعه، ثم يكتب إلى الغائب بما ثبت عنده[٥] بالخيار بين أن يَقْدمَ فَيَدْفَعَ عن نفسه، أو يكتب إلى القاضي بما عنده ولا يؤخر القضاء بعد ذلك ولا يكلف الطالب أن يخرج فيخاصم؛ لأن ثبات البينات بغير موضع الدار يتعذر ولا يستطاع نقل البينات. وإن اجتمع المدعي والمدعى عليه في بلد والدار في بلد آخر، فإن[٦] كان كل واحد منهما يدعيها لنفسه لم يحكم بينهما؛ لأن البينات ومعرفة الحائز لها يتعذر هناك، وإن كان يدعي أنه باعها منه وأنكر الآخر البيع؛ كان للمدعي أن يحاكمه هاهنا إن وجد بينة وإلا حلفه، ثم هو على حجته إذا قدم البلد الذي به الدار.

واختلف إذا بعدت الغيبة، هل يقيم القاضي للغائب وكيلا؟

---

(١) قوله: (الغائب.قال الشيخ رضي الله عنه:) ساقط من (ق٦).

(٢) قوله: (منها) ساقط من (ق٦).

(٣) قوله: (موضع الدار أو في) ساقط من (ق٦).

(٤) في (ف) و(ق٧): (المحكوم).

(٥) قوله: (بما ثبت عنده) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (آخر فإن) ساقط من (ق٦).

فقال ابن القاسم في الغائب والصغير ينظر لهما القاضي ولا يقيم لهما وكيلاً[١]/ . (ف) ٣٢٩/أ

وقال أصبغ: يقام لهما [٢] وكيل مأمون وهو أبين؛ لأن الوكيل يبلغ من الكشف والبحث ما لا يبلغه القاضي لسبب اشتغاله، ولو وجد القاضي إلى البحث والكشف سبيلاً لاستغنى عن الوكيل، وهذا في الدعوى على الغائب. وأما الدعوى له فلا تصح إلا بوكالة من الغائب، إلا أن يغصب له شيء في غيبته أو يأبق له عبد، وما أشبه ذلك من الأمور التي يعلم أنه تُعُدِّي عليه فيها؛ فينظر له في غير وكالة. وإن كان له دين على من يخشى فقره، أو على من أراد السفر إلى موضع بعيد، أو كان له طعام يخشى فساده ينظر له في ذلك كله[٣].

❊ ❊ ❊

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٣١٧.

(٢) قوله: (لهما) ساقط من (ق٦).

(٣) من قوله: (فقال ابن القاسم... في ذلك كله) سقط من (ق٧).

باب
في قسم الثمار والزرع والبقل واللبن

قال مالك: لا يقسم الثمر حتى يحل بيعه، فيقسم كيلاً ولا يقسم الزرع فدادين ولا مزارعة ولا قَتًّا ولا يُقَسَّمُ إلا كَيلاً، وإن طاب التمر والعنب ولم تختلف حاجتهم، وكان جميعهم يريد الجذاذ يابساً أو الأكل رطباً أو البيع لم يقسم في رؤوس النخل، وإن اختلفت حاجتهم فأراد أحدهم أن يأكل رطباً والآخر أن يثمر جاز القسم بالخَرْصِ إذا وجد من يعرف ذلك [١].

قال الشيخ: [٢] وأرى إن أراد أحدهم أن يبقى [٣] نصيبه لييبس والآخر البيع لم يقسم؛ لأن المشتري يبقي نصيبه لمثل ذلك، وإطلاق البيع يقتضي البقاء حتى ييبس، وإن أراد أحدهما أن يبقى [٤] نصيبه والآخر الجُذاذ للأكل قسما ما يقابل ما يراد جِذاذه، وإن أراد أحدهما أن يبيع نصيبه والآخر الجِذاذ فكذلك يقسمان ما يراد جذاذه، وكان من أراد الجِذاذ بالخيار بين أن يقاسم شريكه الآن أو يؤخر ذلك فيقاسم المشتري، وإن جذ [٥] البُسْر وهو عَرَاجِين وكان إن نشر لم يَفْسد لم يقسم بالخرص، وإن كان يَفْسد قُسم إن اختلفت الحاجة، وإن كان البيع على الجِذاذ أو كان غرض المشتري أن يجذه لم يقسم قبل، إلا أن تختلف الحاجة لكثرة عيال أحدهما وقلة عيال الآخر.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٩.

(٢) قوله: (قال الشيخ:) ساقط من (ق٦) و(ق٧).

(٣) في (ق٦): (يبيع).

(٤) في (ق٦): (يبيع).

(٥) في (ق٦): (وجد).

والقسم يجوز على التعديل، وعلى أن يفضل أحدهما الآخر على وجه المكارمة، فيأخذ مما خرصه عشرة أوسق[١] والآخر ما خرصه خمسة؛ لأن ذلك معروف. كما جاز أن يأخذ أحدهما من صُبْرة [٢] بينهما ستين والآخر أربعين؛ إلا أن يكون فضل الكيل لمكان الدناءة[٣]، ولا يقسم البلح الكبير متفاضلاً.

واختلف هل يقسم على الاعتدال بالخرص إذا اختلفت الحاجة؟ فأجازه ابن القاسم، قال: والخرص بمنزلة الكيل، وقد قبض كل واحد ما صار له فلا بأس بهذا القسم وإن لم يجذ الذي حاجته للأكل إلا بعد يومين أو ثلاثة إذا لم يتركه حتى يزهي[٤]، أنكر ذلك سحنون، وقال: المشتري يجذ[٥]، فقد اجتمعا على الجذاذ، والأول أصوب؛ لأن المشتري يجذ نصيبه مرة أو مرتين ليدرك به[٦] الأسواق، والآخر يجذ شيئاً بعد شيء على قدر حاجته وعياله وكذلك إن لم يبع واحد منهما، واختلفت حاجتهما لفضل عيال أحدهما على الآخر جاز أن يقتسما بالخرص القدر الذي يحتاج إليه[٧] أكثرهما عيالاً لأنا إن قصرنا أكثرهما عيالاً على ما يحتاجه الآخر أَضَرَّ به وإن كلف الآخر أن يجذ كثيراً على قدر ما يحتاج إليه صاحبه فَسد عليه وإن جذ أحدهما وأبقى الآخر نصيبه حتى أزهى انتقض القسم، وكان الذي أزهى وقيمة الذي لم يزه شركة بينهما والقيمة يوم كان جذ

---

(١) قوله: (أوسق) ساقط من (ق٦).

(٢) الصُّبْرَةُ بالضم: ما جُمِعَ من الطعامِ بِلا كَيْلٍ ووزنٍ. انظر: القاموس المحيط: ج ١/ ٥٤١.

(٣) في (ف) و(ق٦): (الزيادة).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧١.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٢.

(٦) في (ق٦): (بها).

(٧) قوله: (إليه) ساقط من (ق٦).

على أنه مجذوذ وليس على الرجاء والخوف؛ لأنه جذه بإذن شريكه فأجاز قسمة البلح الصغير متفاضلاً؛ لأنه لا يدخر.

واختلف هل له حكم الطعام؟ فقال مالك: هو علف[(١)]. وقال ابن القاسم هو بمنزلة البَقْل[(٢)]، وأرى أن ينظر إلى العادة فيه[(٣)] في ذلك الموضع، فإن كانوا يريدونه للعلف واستعماله للأكل قليل ونادر كان له حكم العروض، وإن كانوا يريدونه للأكل وغيره نادر وكان استعماله في كليهما كثيراً كان له حكم الطعام، وإذا كان على حكم العلف جازت[(٤)] المقاسمة، وإن لم تختلف الحاجة وإن جذ أحدهما وأبقى الآخر إلى الإتمام[(٥)]، وإذا كان ذلك على حكم الطعام لم تجز المقاسمة إلا أن يجذا معاً، ويجوز متساوياً ومتفاضلاً إلا أن تختلف الحاجة فلا بأس أن يجذ أحدهما دون[(٦)] الآخر.

قال ابن القاسم: فإن اقتسماه ولم يجذا حتى صار بلحاً كبيراً لم ينتقض القسم إذا كانا اقتسماه على التعديل وكان لا يختلف الآن، وإن كانت القسمة على التفاضل وكان إذا كبر تفاضل، نقضت القسمة إلا أن يُزْهِيَ فتنقض إن لم يكن يتفاضل، وإن جذ أحدهما نصيبه حين المقاسمة وترك الآخر حتى كبر ولم يزه لم ينتقض[(٧)] القسم[(٨)].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٢.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٢.

(٣) قوله: (فيه) ساقط من (ق٦).

(٤) قوله: (للأكل وغيره نادر. العلف جازت) ساقط من (ق٧).

(٥) في (ق٧): (الأيام).

(٦) في (ق٦): (بإذن).

(٧) في (ق٦): (انتقض).

(٨) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٢.

فصل
[في قسمة الفواكه والسمن والزيت والعسل وغيرها بالخرص]

واختلف عن مالك في قسم الفواكه بالخرص إذا اختلفت الحاجة، فمنعه في المدونة وقال: إنما مضى الخرص في النخل والعنب/ ، وليس الخرص في هذا من عمل الناس.[1] (ف) ٣٢٩/ب

وذكر ابن القاسم عنه أنه أرخص[2] فيه، وروى عنه أشهب في المجموعة الإجازة[3]. وقال: في الزرع إن كان يستطاع أن يعدل بينهما فيه بالتحري جاز[4].

واختلف عنه في العرايا فيما سوى النخل والعنب هل تشترى بخرصها؟ فأجازه في المدونة[5]، ومنعه في كتاب محمد[6]، وكل هذا الاختلاف فليس في فقه، فإن كان لقوم[7] عادة في خرص ذلك الصنف

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٩.

(٢) في (ق٦): (لم يرخص). وانظر: المدونة: ٤/ ٢٦٩. ولفظه فيها: (قلت لمالك: فالفاكهة والرمان والفرسك وما أشبهه؟ قال: لا يقسم بالخرص وإن احتاج أهله إليه؛ لأن هذا مما ليس فيه الخرص من عمل الناس، وإنما مضى الخرص في النخل والعنب. قال ابن القاسم: وذلك أنه ذكر بعض أصحابنا أن مالكا رخص في قسم الفواكه بالخرص، فسألته عنه فقال: لا أرى ذلك. قال: ولقد سألته عنه غير مرة فأبى أن يرخص فيه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٢.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٠.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٢٨٤.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٩٩.

(٧) قوله: (لقوم) ساقط من (ق٧).

جازت المقاسمة وإلا لم تجز.

واختلف في قسمة البقل إذا اختلفت الحاجة فيه، فقال ابن القاسم: لا يعجبني؛ لأن مالكاً لم يجز الخرص فيما يجوز فيه التفاضل مثل التفاح وغيره[١].

وقال أشهب في مدونته: يقسم إذا بدا صلاحه وجاز بيعه وليس مثل الزرع ؛ لأن الزرع يدخله التفاضل ولا يحاط به كما يحاط بخرص الثمار ويجوز البقل اثنان بواحد، فجعل ابن القاسم المنع لعدم من يعرف الخرص.

وأجازه أشهب إذا تبين[٢] الفضل وخرجا عن حد الخطأ، وهو قول ابن القاسم في قسمة اللبن قال: إذا اقتسما الغنم للحلب، يحلب كل واحد غنماً ناحية لم يجز للمخاطرة، وإن فضل أحدهما الآخر على وجه المعروف، على إن هلك ما في يد أحدهما رجع على صاحبه جاز[٣].

وقال سحنون: لا يجوز؛ لأنه طعام بطعام ليس يداً بيد ولو حلباه قبل التفرق[٤] جاز[٥] والأول أحسن؛ لأنه على وجه المعروف وليس مما تختلف فيه الأغراض فتدخله المبايعة، والتفاضل يجوز في[٦] المقاسمة بخلاف البيع فلو كانا شريكين في قفيز طعام فاقتسماه الثلث والثلثين لجاز والتراخي جائز أيضاً

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٩.

(٢) في (ف) و(ق٦): (تباين).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٣.

(٤) في (ف): (التفريق).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٤.

(٦) في (ف): (فيه).

كما جاز في القرض في أخذ[(١)] مائة دينار ليردها[(٢)] بعد سنة فلو كان ممنوعاً من أجل التراخي على ما ذهب إليه سحنون لم يمنع لأجل[(٣)] التفاضل وإنما تدخله المبايعة إذا كان متى هلكت إحداهما لم يرجع على الآخر.

وقال ابن القاسم: لا يقتسمان الخس والسريس والسلق فدادين إلا أن يجذا قبل أن يفترقا.[(٤)]

وعلى قول أشهب يجوز إذا اختلفت الحاجة وإذا صار مجذوذاً أو محصوداً لم يجز إلا كيلاً أو وزناً إن كان مما يوزن ولم يجز تحرياً بالخرص بخلافه قبل الجذاذ؛ لأنه إنما أجيز قبل الجذاذ عند اختلاف الحاجة للضرورة، وقد زالت الضرورة لما زال عن الشجر فلا يجوز ذلك، وسواء كان مما يحرم فيه التفاضل أو يجوز، كان مما يكال أو يوزن، طعاماً كان أو غيره؛ لأنه غرر ومخاطرة ويدخله التفاضل إذا كان طعاماً مدخراً؛ فإن فضل أحدهما الآخر بالشيء البين حتى خرجا من حد الخطار إلى وجه المكارمة جاز، وإن كان مدخراً وإن لم يكن على وجه المكارمة؛ لم يجز إلا أن يكون مما لا يحرم فيه التفاضل.

وقد اختلف فيه قول مالك فقال في كتاب ابن حبيب: كل ما يحرم فيه التفاضل من الطعام فلا يقسم بالتحري وسواء كان رطباً أو يابساً.

وكذلك السمن والزيت والعسل فلا يقسم إلا كيلاً أو وزناً قال: وكل ما يجوز فيه التفاضل فلا بأس بقسمته في شجره على التحري رطباً أو يابساً أو

---

(١) في (ق٦) و(ق٧): (يأخذ).

(٢) في (ق٦): (ليؤديها).

(٣) في (ق٦): (من أجل).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٩.

بالأرض مصبراً مثل الفواكه الرطبة وثمر البحاير ومثل ذلك الكتان والخبط والنوى والتين تحرياً وإن كان الكتان والحناء قائماً لم يجمع أو جمع ولم يقسم ما يجوز فيه التفاضل تحرياً إلا ما أرخص فيه من قليل اللحم والجبن والبيض؛ لأن التحري يحيط بقليله وكثيره[(١)].

وفرق محمد بين ما يكال أو يوزن وأجازه فيما يوزن ومنعه فيما يكال، وقال أشهب في المجموعة: إن كان مما يجوز فيه التفاضل جاز قسمه بالتحري طعاماً كان أو غيره ويجوز ذلك فيما يوزن فيقسم تحرياً ويباع بعضه ببعض تحرياً كالخبز واللحم.[(٢)]

وقال ابن القاسم في العتبية: يجوز[(٣)] في اليسير وقد[(٤)] قيل: إنه[(٥)] فرق بين ما يُكال أو يُوزن؛ لأن الكيل لا يفقد ولو بالأكف وليس بصحيح؛[(٦)] لأن الأكف يختلف ملؤها[(٧)] ولو قال: أبيعك هذا الطعام كل عشر حفنات بكذا ما جاز، وقسمه جزافاً أقل غرراً من قسمه حفنات[(٨)].

وقد قال أبو الحسن ابن القصار: اختلفت الرواية عن مالك في بيع اللحم باللحم والخبز بالخبز على التحري بغير وزن فأجازه في البوادي والقوافل

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٤.

(٣) قوله: (يجوز) زادت في (ف): (ذلك).

(٤) قوله: (وقد) ساقط من (ق٦).

(٥) قوله: (إنه) ساقط من (ق٧).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٤.

(٧) قوله: (لأن الأكف يختلف ملؤها) زيادة من (ف).

(٨) في (ق٧): (غرفات) وفي فرنسا (مقتات).

وحيث تتعذر الموازين استحساناً وروي عنه المنع وهو أحسن ألا يجوز بحال[١].

وقال ابن القاسم: لا يجوز بيع جزاف بجزاف من صنف واحد وإن كان تراباً، ورآه من المزابنة والغرر فكذلك المقاسمة[٢].

* * *

(١) انظر: عيون المجالس: ٣ / ١٤٣٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٨.

باب
في قسمة الأصول بالثمار
والأرض بما فيها من الزرع

(ف) ٣٣٠/أ
/ ومن المدونة قال مالك: لا يقسم التمر مع النخل ولا الزرع مع الأرض، ولكن يقسم النخل والأرض[1] ويترك التمر والزرع حتى يقسم بانفراده[2].

قال الشيخ رضي الله عنه:[3] واقتسام التمر والنخل على خمسة أوجه؛ فإما أن تكون الثمار غير مأبورة، أو مأبورة، أو بلحاً صغيراً، أو كبيراً، أو زهواً.

فإن كانت غير مأبورة[4] لم يجز القسم بحال عند ابن القاسم[5]؛ لأن إطلاق المقاسمة يتضمن دخولها في القسم وهي تئول إلى أن تصير طعاماً ولا يجوز استثناؤها لتبقى لأربابها؛ لأن استثناء ما لم يؤبر في البيع لا يجوز.

وإن كانت الثمرة مأبورة أو بلحاً صغاراً أو كباراً أو زهواً كان إطلاق المقاسمة على الجواز؛ لأن الثمار في جميع ذلك غير[6] داخلة في المقاسمة، وباقية على الشركة فإن اشترطا دخولها في المقاسمة لم يجز؛ لأنها إن لم تكن الآن طعاماً فهي تئول إلى أن تصير طعاماً؛ فيدخله الطعام بالطعام ليس يداً بيد.

---

(١) قوله: (ولكن يقسم النخل والأرض) ساقط من (ق٧).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٦، ٢٦٧.

(٣) قوله: (قال الشيخ رضي الله عنه:) زيادة من (ف).

(٤) في (ق٦): (لم تؤبر).

(٥) قوله: (عند ابن القاسم) ساقط من (ق٦).

(٦) قوله: (غير) ساقط من (ف).

قال ابن القاسم: لأن مالكاً قال فيمن يبيع الحائط وفيه ثمر لم يؤبر بقمح نقداً أو إلى أجل: لا خير فيه(١)، فراعى ما يئول إليه وإن كان بلحاً كبيراً أو زهواً دخله التفاضل والتأخير، وإن استثنى أحدهما لنفسه ثمرة ما يصير في نصيبه، ويبقى ما(٢) في نصيب الآخر على الشركة جاز.

وإن كانت إحدى الثمرتين مأبورة، والأخرى بلحاً صغاراً أو كباراً أو زهواً أو كانت إحداهما بلحاً كباراً والأخرى زهواً ـ كان إطلاق المقاسمة على الجواز والثمار غير داخلة في المقاسمة، فإن اشترطا دخولها في القسمة لم يجز، وإن اشترطت إحداهما وبقيت الأخرى على الشركة جاز، وإن كانت إحداهما غير مأبورة والأخرى مأبورة كان إطلاق المقاسمة على الجواز، والتي لم تؤبر داخلة في القسم لمن هي في نخله والمأبورة باقية على الشركة، وإن استثنيا(٣) ما لم تؤبر ولم يدخلاها في القسم لم يجز، وإن اشترطت التي أبرت وأدخلت في المقاسمة لم يجز، وهذا كله مذهب ابن القاسم، وقد قيل في جميع هذه المقاسمات: إنها جائزة وهو أحسن إذا كانت الثمار لم تبلغ إلى أن يحرم فيها التفاضل كالزهو والبلح الكبير.

واختلف في استثناء ما لم يؤبر في البيع، فقيل: جائز وهو باق على ملك صاحبه لم يبعه قط، وهو الصحيح من المذهب، وقد تقدم بيان ذلك في كتاب البيوع.

وقال محمد بن مسلمة فيمن باع نخلاً وفيها تمر لم يبد صلاحه أبر أو لم

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٥.

(٢) قوله: (ما) ساقط من (ق٧).

(٣) في (ف) و(ق٦): (استثنى).

يؤبر: فلا بأس أن يبيعها بالطعام والشراب من قِبَل أن المقصود بالبيع والشراء الأصل، فإن كان التمر قد بدا صلاحه لم يجز إلا أن يباع بالدنانير والدراهم والعروض ولا يباع بشيء من التمر؛ لأنه بيع التمر بالتمر متفاضلاً ولا بأس أن يباع بالحنطة إذا جذ التمر(١) مكانه وتوضع فيه الجائحة(٢) انتهى قوله.

وقال سحنون في السليمانية فيمن اشترى نخلاً فيه تمر قد طاب أو لم يطب بطعام نقداً أو إلى أجل: لا بأس به؛ لأن التمر تبع للنخل قال: وذلك بمنزلة العبد يباع ويستثنى ماله فلا بأس به نقداً أو إلى أجل؛ لأن ماله ملغى.قال: وكذلك يقول بعض أصحابنا، قال: وكذلك السيف تكون فيه الفضة تبعاً، والنقد فيه أَحَبُّ إليَّ، وإذا كان الخلاف حسب ما تقدم جاز قسمة الحائط إذا كانت الثمار لم تؤبر، على أن تبقى الثمار لأربابها وعلى أن تدخل في المقاسمة، وكذلك إذا كانت مأبورة أو بلحاً صغيراً جاز أن تدخل في المقاسمة على قول ابن مسلمة، ويجوز على قول سحنون إذا كانت بلحاً كبيراً أو زهواً أن تدخل في المقاسمة بمنزلة السيفين وحليتهما، وقول ابن مسلمة في هذا كله أحسن؛ لأن التقابض والمناجزة قد وقعت فيما بينهما، فإن كانت في حين المقاسمة طعاماً فقد حصل التناجز، وإن كانت غير طعام فإنما تصير طعاماً بعد انتقال الملك عند المشتري لها؛ ولا يجوز إذا كانت مزهية؛ لأنها مقصودة حينئذ في نفسها(٣) فيدخلها التفاضل.

* * *

---

(١) في (ق٦): (الثمرة).

(٢) قوله: (وتوضع فيه الجائحة) في (ق٦): (لأنه توضع عند الجائحة).

(٣) قوله: (في نفسها) زيادة من (ف).

فصل
[في حكم قسمة الأرض بما فيها من بذر أو زرع]

ويختلف في قسمة الأرض بما فيها من بذر أو زرع، فعلى قول مالك وابن القاسم لا يجوز[١]، وسواء كان وقت المقاسمة لم يخرج من الأرض، أو خرج ولم يسبل أو أسبل ولم يبلغ أن يكون طعاماً؛ لأنه يئول إلى أن يكون طعاماً، ويجوز على قول ابن مسلمة وهو أبين وقد تقدم وجه ذلك[٢].

ويختلف إذا اقتسما على أن استثنى ما فيها ولم يدخلاه في القسم، فجعله ابن القاسم كالذي لم يؤبر[٣] إن لم يبرز من الأرض وكالمؤبر إذا خرج، وقال محمد[٤]: هو كالذي لم يؤبر وإن برز ما لم يسبل، وقال القاضي أبو محمد عبد الوهاب: هو كالمؤبر وإن لم يبرز [٥]، فعلى قول ابن القاسم لا تجوز المقاسمة قبل أن يخرج بحال؛ لأنه لا يجوز أن يستثنى ولا أن يدخل في المقاسمة، وإن خرج جاز أن يستثنى ولم يجز أن يدخل/ في المقاسمة، وعلى قول محمد تجوز[٦] (ف) ٣٣٠/ب
المقاسمة إن لم يسبل وسواء استثنى أو أدخل في المقاسمة[٧] وإن أسبل جاز أن يستثنى ولم يجز أن يدخل في القسم وعلى قول[٨] القاضي أبي محمد عبدالوهاب:

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٥٠٧، ٥٠٨.

(٢) قوله: (وجه ذلك) ساقط من (ف).

(٣) في (ق٧): (يبرز).

(٤) قوله: (محمد) ساقط من (ق٦).

(٥) في (ف): (يبرز).

(٦) في (ق٧): (لا تجوز).

(٧) في (ق٦): (القسمة).

(٨) قوله: (محمد تجوز. القسم وعلى قول) ساقط من (ف).

يجوز أن يستثنى وإن لم يبرز[١] من الأرض. ويختلف أيضاً إذا اقتسما ولم يشترطا البذر ولا الزرع.

فعلى هذا القول يكون محمل القسمة على الجواز، وعلى أن البذر باق على الشركة وإن لم يبرز.

وعلى قول ابن القاسم محملها [٢] قبل البروز على الفساد، وبعد بروزه على الجواز وعلى أنه باق على الشركة.

وعلى قول محمد يكون[٣] محمل القسم على الفساد وإن برز ما لم يسبل والأول أحسن؛ لأن البذر كسلعة أودعت الأرض فوجب حمل المقاسمة على الأرض دون ما فيها، وإن كانت أرضين فبرز زرع إحدى الأرضين دون الأخرى كان مطلق المقاسمة على قول ابن القاسم على الجواز، ويكون ما لم يبرز لمن صارت له تلك الأرض وما برز على الشركة، فإن استثنى من برز ما في أرضه ذلك الزرع، أو استثنى نصيبه مما لم يبرز لم تجز القسمة على مذهب [٤] ابن القاسم.

فصل
[في السقي إذا اقتسما الأصول ثم اقتسما الثمار لاختلاف الحاجة]

واختلف في السقي إذا اقتسما الأصول ثم اقتسما الثمار لاختلاف الحاجة، فقال ابن القاسم: على كل واحد منهما أن يسقي نخله وإن كان ثمرها لغيره

---

(١) في (ق٦): (يخرج).

(٢) في (ق٦): (يحمله).

(٣) في (ف) و(ق٧): (يكون محملها).

(٤) في (ف): (قول).

قال: لأن من باع ثمرة كان سقيها على صاحب النخل.[١]

وقال ابن عبدوس: أنكر سحنون ذلك ورأى أن القسمة ليست ببيع[٢]، وكأن ما صار له من الثمرة عين[٣] ميراثه وليس على أحد أن يسقيه له، وإنما السقي على من له الثمرة وليس على من له الأصل، قال: ولو كان حكمه حكم البيع ما كان عليه أن يسقي من الثمرة[٤] إلا نصف ما في نخله ونصف ما في نخل صاحبه، وعلى صاحبه أن يسقي النصف[٥] من النصيبين جميعاً، والذي يبين الفرق بينهما أن البيع فيه الجوائح؛ لأن السقي على البائع، والمقتسمان ليس بينهما جائحة، ولو كان السقي عليه لكانت عليه الجائحة[٦].

وقال عبد الملك بن الماجشون: لو أن رجلين اشتريا ثمرة حائط ثم اقتسماها في رؤوس النخل، ثم أصيبت إحداهما لم يكن على شريكه[٧] شيء وإنما يرجع على البائع[٨].

قال الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ:[٩] ولم يختلف أن القسمة بالتراضي بيع.

واختلف إذا كانت بالقرعة فقيل: هي[١٠] تمييز حق وقيل بيع وهو

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٦.

(٣) في (ق٦): (هو).

(٤) قوله: (من الثمرة) ساقط من (ف).

(٥) في (ف): (بالنصف).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٦.

(٧) في (ق٦): (عليه لشريكه).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٥.

(٩) قوله: (قال الشيخ رحمه الله:) ساقط من (ق٦).

(١٠) في (ق٦): (هو).

أصوب؛ لأنه لا يختلف أن كل نخلة قبل القسم مشتركة وإذا كان ذلك كانت المقاسمة بيعاً؛ لأن الذي صار إليه كان له نصفه، ونصفه[1] لصاحبه، وإذا كان ذلك واقتسما الثمرة كان ما صار لكل واحد منهما من الثمرة نصفه له من أصل الميراث، ونصفه لصاحبه فسقيهما عليهما جميعاً النصف بالملك والنصف بالشراء، وسواء صار لكل واحد ما[2] في نخله أو ما في نخل صاحبه.

وقول ابن القاسم ها هنا راجع إلى قول المخزومي فيمن باع نخلاً دون ثمره: أن السقي على المشتري، قال: لأنه يسقي نخله وتشرب ثمرة هذا[3].

❊ ❊ ❊

(١) قوله: (ونصفه) ساقط من (ق٦).

(٢) قوله: (من الثمرة نصفه. لكل واحد ما) ساقط من (ق٦).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٩٧.

باب
في قسمة الرباع على الغائب

وقال ابن القاسم في شريكين في قرية [(١)] غاب أحدهما وهلك الآخر فأراد ورثته القسم فذلك لهم[(٢)] قال: وإنما الذي قال مالك في الدور والأرضين تدعى أنه لا يقضى فيها على الغائب قال: وكذلك إذا حضر شريك الأب وبعض الورثة فإنه يقسم ويعزل؛ لأنه على منكر واختلف[(٣)] نصيب الغائب[(٤)]، فأجاز القسمة في الرباع على الغائب؛ لأنه مقر ومنع القضاء؛ لأنه على منكر. واختلف فيمن يقسم على الغائب فقال مالك: يقسم القاضي ولا يقسم صاحب الشرطة[(٥)]، وقال أشهب: إن كان صاحب الشرطة[(٦)] غير مغموز عليه وأصاب وجه الحكم جاز؛ لأنه يحكم كما يحكم القاضي ويحد[(٧)]، وقد سمعت مالكاً يقول في بعض ولاة المياه [(٨)] ضرب لامرأة المفقود أجلاً ثلاث سنين[(٩)] ثم أمرها بالنكاح ثم جاءت إلى والي المدينة فقال مالك: يضرب لها أجل سنة تمام

---

(١) في (ف): (قرعة).

(٢) قوله: (فذلك لهم) في (ف): (قال: كان ذلك لهم).

(٣) قوله: (لأنه على منكر واختلف) زيادة من (ف).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٨٦.

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٢٨٦.

(٦) في (ق٦): (الشرط).

(٧) في (ق٦): (ويجوز).

(٨) والي الماء: أي الذي يأخذ الزكاة، وسموا «ولاة المياه» لأنهم يخرجون عند اجتماع الناس على المياه. انظر: حاشية العدوي: ٢/ ١٢١.

(٩) قوله: (ضرب لامرأة المفقود أجلاً ثلاث سنين) في (ق٦): (يضرب للمفقود أجل سنة تمام أربع سنين).

أربع سنين على ما ضرب الأول ورآه جائزاً، وقول مالك الأول أبين؛ لأن الأصل في القضاء إلى أمير المؤمنين وهم الذين كانوا يقضون، ثم أقاموا مكانهم في ذلك لكثرة اشتغالهم[1] وأقاموا قوماً للشرط ولم يقيموهم للنظر في أموال الناس[2] فإذا نظر فيما لم يجعل له فيه نظر كان كالأجنبي، إلا أن يريد أن أمر الأمراء قد فسد، فإذا أقيم لهذا الوجه وكان أهلاً لأن يقام للوجه الآخر مضى فعله.

*   *   *

(١) قوله: (لكثرة اشتغالهم) في (ف): (لاشتغالهم).

(٢) في (ق٧): (المسلمين).

باب
في قسمة الثياب والعبيد والدواب والحلي والطعام

قسمة الديار والأرضين بالقرعة جائزة.

واختلف في قسمة العروض[١] والعبيد وغيرهم من الحيوان وغيره، فأجازها مالك/ وابن القاسم وغير واحد من أصحاب مالك[٢]، واختلف فيه عن عبد الملك بن الماجشون فأجاز ومنع وقال: لا يقسم بالقرعة ما سوى الدور والأرضين ولكن يباع ويقسم ثمنه[٣]، يريد: أن الأصل منع القرعة؛ لأنها تتضمن وجهين؛ أحدهما: بيع ملك الإنسان بغير رضاه، والثاني الغرر[٤] فإن كان بين رجلين عبدان وهما متكافئان كان لكل واحد من الشريكين نصف كل عبد، فإذا أجبر من كره القسم على القرعة كان قد أجبر على أن يبيع نصف ما يصير لصاحبه بنصف ما يصير له في القسم[٥]، وأما الغرر فقد يكون غرض كل واحد منهما في أحد العبدين ويرجو أن يصير له في القسم، ولو علم أنه لا يصير إليه لم يرض بالقسم، واستخف مثل ذلك في الديار والأرضين لعظم الضرر في خروج الملك إن لم يمكنا من القسمة، كما أجبر المشتري على أن يخرج من ملكه مما اشتراه فيؤخذ منه بالشفعة بخلاف العبيد والثياب، ولأنه يرضى بالقسم وإن صار ما كان يرجوه من تلك الديار والأرضين لشريكه، ولا يرضى بالبيع وخروج ملكه عن الجميع ولو علم أنه يصير إليه.

(ف) ٣٣١/أ

---

(١) في (ق٦): (الأرض).

(٢) قوله: (وغير واحد من أصحاب مالك) زيادة من (ف). وانظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٠.

(٤) في (ق٦) و(ق٧): (والغرر).

(٥) قوله: (في القسم) ساقط من (ق٧).

فصل
[فيما يجمع في القسم من الثياب]

واختلف بعد القول بجواز القسم بالقرعة في الثياب في الصنف الذي يجمع في القسم على ثلاثة أقوال؛ فقال ابن القاسم فيمن هلك وترك بَزًّا فيه الخَز والحَرير والكَتَّان والقطن والجِبَابُ والأفرية أنه يجمع في القسم، ولا يقسم كل نوع على حدته فتجعل الجباب قسماً على حدة والسراويل قسماً على حدة، ولكن يجمع ذلك كله في القسم وقال أيضاً: يجمع في القسم إذا كان كل نوع لا يحمل القسم بانفراده.(١)

وقال أشهب في مدونته: كل ما كان من هذا يصلح أن يباع منه اثنان بواحد إلى أجل لم يجمع في القسم؛ لأنه ليس منه ولو كان منه ما جاز أن يسلم واحد منه في اثنين إلى أجل وليس الخز مثل الكتان والصوف، ولا الصوف مثل الكتان وما كان لا يسلم بعضه في بعض فهو صنف يجمع في القسم.(٢) فعلى قوله تكون العمائم والأردية والقُمُص والسَّراويلات أصنافاً لا تجمع في القسم وإن كانت كتاناً كلها أو قطناً؛ لأن منافعها مختلفة ويجوز سلم بعضها في بعض.

وهو أحسن(٣) واعتبار ذلك فيما تتقارب الأغراض فيه وتتباين بالسلم صحيح.

وقول ابن القاسم في البُسُط والوسائد لا تجمع مع الثياب، وإذا لم تجمع

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٨٦، والنوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٨، ٢٢٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٩.

(٣) في (ف): (وقول أشهب أحسن).

مع الثياب فإنه يجمع ذلك كله في القسم على أصله إذا لم يكن كل صنف يحمل القسم.

ويختلف على قوله إذا كانت البسط تحمل[١] القسم بانفرادها والوسائد، وأما على قول أشهب فلا يجبر من أبى من جمعها في القسم إذا كانت بُسطاً ووسائد؛ لأنها مما يسلم بعضها في بعض.

فصل
[فيما يجمع في القسم من العبيد والخيل والبغال والحمير]

واختلف في العبيد فقال ابن القاسم: يجمعون في القسم وإن كان فيهم الصغير والكبير والهرم والجارية الفارهة، [٢] وقال محمد في غنيمة الرقيق: يقسم النساء المشبهات بعضهن ببعض بانفرادهن والوصفاء كذلك، وأما إذا كان كل صنف لا يحمل القسم الجواري والرجال والصبيان فإنهم يجمعون في القسم على قول ابن القاسم.

ويختلف فيهم على أصله إذا كان كل صنف يحمل القسم على الانفراد هل يجمعون أم لا [٣]قياساً على قوله في المتاع وعلى قول أشهب: يجمع ما تقارب[٤] ولم يجز أن يسلم بعضه في بعض ولا يجمع ما تباعدت الأغراض فيه إلا بالتراضي.

وقال ابن القاسم: الخيل والبراذين صنف يجمع في القسم ولا يجمع

---

(١) في (ق٦): (لا تحمل).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٨٦، والنوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٠.

(٣) قوله: (أم لا) زيادة من (ف).

(٤) في (ق٦): (يقاربه).

البغال إلى الحمير[١].

قال الشيخ[٢] ويختلف في المسألتين جميعاً؛ فلا تجمع الخيل والبراذين[٣] على قول أشهب[٤]؛ لأنها صنفان في السلم فإن لم يكن في كل صنف ما يحمل القسم بيعا إلا أن يتراضوا بالقسم، فيجوز إن كان بالقرعة وكذلك الخيل إذا كان فيها سابق[٥] فلا يجمع مع غيره على قوله[٦] بالقرعة بالجبر.

وقال ابن القاسم: البغال والحمير في السلم صنف واحد[٧] وإذا منع سلم بعضها في بعض كان القسم أولى بالمنع؛ لأنه أجاز أن يجمع الصنف في القسم وإن تباين تبايناً ويجوز أن يسلم بعضه في بعض ويجمع الإبل في القسم إذا تقاربت صفاتها ولم يجز أن يسلم بعضها في بعض.ويختلف إذا تباينت وجاز سلم أحدها في الآخر[٨] فعلى أحد قولي ابن القاسم: يجوز ذلك اختياراً وإن كان الجيد يحمل القسم بانفراده وكذلك إذا كانوا صغاراً وكباراً وعلى قوله الآخر: لا يجوز إلا أن لا يحمل كل صنف القسم بانفراده، وعلى قول أشهب: لا يجوز بالجبر وإن لم يحمل القسم على الانفراد.

* * *

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٠.

(٢) قوله: (قال الشيخ) ساقط من (ق٦).

(٣) قوله: (فلا تجمع الخيل والبراذين) في (ف): (وأما الخيل والبراذين فلا تجمع).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٩.

(٥) قوله: (سابق) ساقط من (ق٦).

(٦) في (ف): (قولهم).

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ٧ / ١٨٧.

(٨) قوله: (أحدها في الآخر) في (ق٧): (بعضها في بعض).

[باب
في قسم الحلي والطعام]

وقال ابن القاسم في امرأة ماتت وخلفت زوجاً وأخاً وحلياً [١] أنه يقسم وزناً[٢]، يريد: ثم يتراضيان فيأخذ هذا هذا ويأخذ [٣] / الآخر هذا، وبالقرعة (ف) ٣٣١/ب
إذا استوى الوزن والقيمة، فإن اختلفت لم يجز بالقرعة، ولو تراضيا على أن يأخذه أحدهما ويدفع إلى الآخر مثل وزن نصيبه ذهباً جاز وإن اختلفت الجودة مع الذهب[٤]؛ لأن الوزن سواء وإن اختلف الوزن فكان أقلهما وزناً أجود لم يجز، وإن كان أدنى أو مثله في الجودة جاز، قال: وإن كان في الحلي لؤلؤ وجوهر قيمته الثلثان، والذهب والفضة الثلث فأدنى جاز أن يقسم بالقيمة، وكذلك لو ورثوا سيوفاً حليتها الثلث والنصول الثلثان فلا بأس أن تقسم بالقيمة، ولا بأس إذا كان ما فيه من الفضة الثلث فأدنى أن يباع بالفضة، ولا بأس بهذا السيف بالفضة والعروض والسيفان تكون فضتهما أقل من الثلث، أو فضة أحدهما أقل والآخر[٥] أكثر فتبايعاهما يداً بيد فلا بأس. [٦] فأجاز قسمة الحلي والسيوف إذا كانت الفضة الثلث فأقل، وإن كان ذلك الثلث كثيراً في نفسه فلو كان ما فيه من الفضة خمسمائة درهم[٧] وقيمة ما سواه ألف لجاز على قوله

---

(١) قوله: (زوجا وأخا وحلياً) في (ف): (زوجها وأختاها وتركت حلياً).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٨٧.

(٣) قوله: (يأخذ) ساقط من (ق٦).

(٤) قوله: (مع الذهب) ساقط من (ق٧).

(٥) قوله: (أحدهما أقل والآخر) في (ق٧): (إحداهما أقل من الأخرى والأخرى).

(٦) انظر: المدونة: ٤/ ٢٨٧.

(٧) قوله: (درهم) ساقط من (ق٧).

إذا كان يداً بيد ويجوز[١] على القول الآخر، وإن كان أحدهما نقداً والآخر مضموناً إلى أجل.

واختلف إذا كان كل واحد من الحلي ذهباً وفضة بغير جوهر، والذهب أو الفضة الثلث فأقل فقال عبد الملك[٢]: هل يباع أحدهما بالآخر وكذلك إذا كانت فضة أحدهما أقل من الثلث وذهب الآخر أقل من الثلث، وأن يجوز جميع ذلك على القول أن الأتباع غير مراعاة في نفسها أحسن، ولا فرق بين أن يكون الثلث فضة والثلثان ذهباً، أو يكون الثلثان جوهراً أو نصول سيوف، فإما أن يقال أن الأتباع غير مراعاة فيجوز جميع ذلك أو مراعاة فيمنع الجميع.

فصل
[في اقتسام الطعام بين الشريكين]

وإن كانا شريكين في طعام غلث[٣] أو عفن وهو صُبرة واحدة جاز أن يقسماها وأجازه ابن القاسم في الصُّبرتين إذا كان الغلث أو العفن يشبه بعضه بعضاً قال: وإن تباين لم يجز[٤].

وأرى إذا تباين وكان أقلهما غلثاً أو عفناً وهو أجود [٥] أو كانا سواء أن يجوز؛ لأنه تفضل من أحدهما على الآخر وإن كان أدنى جودة لم يجز.

---

(١) قوله: (ويجوز) ساقط من (ق٦).

(٢) قوله: (فقال عبد الملك) ساقط من (ق٧).

(٣) غلث: الغَلْثُ الخَلْطُ، وفي المحكم: الغَلْثُ خَلطُ البُرِّ بالشعير أَو الذُّرة. لسان العرب: ٢/ ١٧٢.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٩٦.

(٥) في (ف): (أفضل في الجودة).

وإن كانت إحدى الصُّبرتين نقية والأخرى غلثة وهما في الكيل سواء[١] جاز أن يأخذ أحدهما النقية والآخر الغلثة؛ لأن ذلك تَفَضُّل من أحدهما على الآخر ما لم تكن الغلثة أطيب قمحاً[٢] فلا تجوز، وإن كانت إحداهما صحيحة والأخرى عفنة جاز أيضاً إذا استوى الكيل، إلا أن يكون قمح العفنة أطيب ويرغب فيه أكثر من الصحيحة فلا يجوز للتفاضل[٣]؛ لأن العفن والسوس أذهب بعضه، وإن كان أحدهما غلثاً والآخر عفناً أو مسوساً لم يجز، إلا أن يكون الغلث إذا أزيل كان الباقي مثل ما يصح من السوس بعد ذهاب تلك الأجزاء التي أذهبها[٤] السوس والعفن مساوياً للآخر في الجودة أو هو أجود فيجوز[٥]، وكل هذا يجوز في القسم ولا يجوز إذا لم تكن شركة، وكان إنما[٦] أتى كل واحد منهما بطعام فباعه من الآخر بطعام إلا أن يتساوى الكيل، فقد يستخف ذلك فيما قل إذا أراد أحدهما مُكارمة الآخر ولم يقصد المبايعة، كما أجيز بدل الدينارين والثلاثة على وجه المعروف.

وقال أشهب في مدونته: إذا كان العفن مختلفاً فلا بأس إذا كان الطعام يسيراً مثل الدنانير اليسيرة بالدنانير، وإن كان الطعام كثيراً والعفن مختلفا أو كان في أحدهما لم يصلح مثل الدنانير الكثيرة بالدنانير الكثيرة النقص بأوزن[٧] منها،

(١) قوله: (وهما في الكيل سواء) في (ق٦): (والكيل فيهما سواء).
(٢) قوله: (قمحاً) ساقط من (ق٧).
(٣) في (ق٧): (التفاضل).
(٤) قوله: (تلك الأجزاء التي أذهبها) في (ق٧): (ذلك الذي أذهب).
(٥) قوله: (أو هو أجود فيجوز) في (ق٧): (أو هي أجود).
(٦) قوله: (كان إنما) زيادة من (ف).
(٧) في (ق٦): (بالوازن).

وكذلك القمحان أحدهما كثير التراب فلا يصلح ذلك[(١)] إلا في اليسير.

وقال ابن القاسم في أخوين ورثا ثلاثين إردَبّاً من قمح[(٢)] وثلاثين درهماً، فأخذ أحدهما عشرة أرادب وعشرين درهماً، والآخر عشرة دراهم وعشرين إردبّاً؛ فلا بأس إذا كان القمح صبرة واحدة، ولا يجوز إذا كانا صبرتين؛ لأنه تدخله المبايعة.

ولو ورثا مائة إردب قمح ومائة إردب شعير، فأخذ أحدهما ستين قمحاً وأربعين شعيراً جاز[(٣)] ولا يجوز مثل ذلك في البيع[(٤)].

وقال أشهب في خلي عنب وتمر[(٥)]: يقسم كل واحد منهما بانفراده؛ لأنه لا يصح[(٦)] متفاضلاً[(٧)] وخل العنب أجود فإن رضيا أن يقسماه مثلاً بالمثل بالقرعة لم يجز؛ لأنه مخاطرة وإن عدلاه بالقيمة لم يجز؛ لأنه تفاضل.

* * *

---

(١) قوله: (ذلك) زيادة من (ف).

(٢) قوله: (من قمح) ساقط من (ق٦).

(٣) قوله: (جاز) ساقط من (ق٧).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٠.

(٥) قوله: (خلي عنب وتمر) في (ق٦): (خلين تمراً وعنباً).

(٦) في (ق٦، ق٧): (يصلح).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٩.

باب
في قسمة الجذع والثوب واللؤلؤة والمصراعين والنعلين وما أشبه ذلك

وقال ابن القاسم في الجذع والثوب بين الشريكين: ليس لأحدهما أن يدعو إلى قسمه وكذلك الثوب الملفق مثل العدني/[1] وكذلك المصراعان والنعلان والخفان والخُرْجُ والحبل[2]، وقال في المحمل: ينظر فيه إلى المضرة ونقصان الثمن فإن كان فيه[3] مضرة أو نقصان من الثمن لم يقسم وكذلك الغِرَارَتان ينظر هل في قسمة ذلك فساد أو نقصان من الثمن[4]. (ف) ٣٣٢/أ

وقال في الفص واللؤلؤة والياقوتة[5] والخاتم: لا يقسم، وإن اجتمع من كل صنف شيء كثير؛ قسم ذلك الصنف بانفراده ولم يجمع بعضه إلى بعض[6].

ومحمل قوله في منع قسم الجذع والثوب والمصراعين والنعلين على أحد قوليه في منع قسم الحمَّام[7]، وأما على قوله أن الحمَّام يقسم فإنها تقسم جميع هذه الأشياء، ولا يراعى فساد ولا نقص في الثمن ولا تعطيل استعماله.

وفساد ما يدخل الحمَّام ونقصان الثمن وتعطيله وانتقال ما يراد له أشد.

---

(١) الصفحة (ب) وما يتلوها من اللوحات من المخطوط بياض كامل والترقيم الداخلي للمخطوط متتابع إلى اللوحة رقم (٣٣٥/ أ).

(٢) انظر: المدونة: ١٤/ ٤٧٤(دار صادر).

(٣) قوله: (كان فيه) في (ق٧): (كانت).

(٤) انظر: المدونة: ١٤/ ٤٧٤(دار صادر).

(٥) قوله: (والياقوتة) ساقط من (ف).

(٦) انظر: المدونة: ١٤/ ٤٧٤(دار صادر).

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٧.

والقول بمنع القسم في جميع هذه الأشياء أحسن.

وأما الفص واللؤلؤة والياقوتة فلا تقسم وإن تراضيا على قسمته؛ لأنه من الفساد وإضاعة المال، والقسم يمنع لحق الله تعالى ولحق آدمي وهو الشريك فحق الله تعالى ما يكون من الغرر مثل أن يكون من أحد الجانبين ديار، والآخر[(١)] أرضون أو متاع أو عبيد فتمنع القسمة بالقرعة وتجوز بالتراضي.

والثاني: أن يكون صنفاً واحداً وتباين بالجودة والدناءة فاختلف هل تجوز قسمته بالقرعة؟

والثالث: ما يدخله من الربا إما تفاضلاً وإما نسيئة، كاقتسام الثمار بعد الزهو أو قبل[(٢)] إذا قاربت أن تصير زهواً، أو كالطعامين إذا اختلفت الصفة والكيل والحلي وما أشبه ذلك، فتمتنع[(٣)] القسمة بالقرعة والتراضي إلا أن يسلما من الربا.

والرابع: ما يدخل القسم من الفساد وإضاعة المال؛ كقسم اللؤلؤة والياقوتة والفص لحق آدمي لمكان نقص المقتسم في نفسه، أو نقصان ثمنه كقسم الدار اللطيفة[(٤)] والحمَّام والخشبة والثوب والمصراعين، وما أشبه ذلك على اختلاف فيه إلا أن يتراضيا فيجوز بالقرعة وغيرها، ولو قيل في الحمَّام يمنع ولو تراضيا كما يمنع من قسم اللؤلؤة والياقوتة لكان وجهاً، وفيما ذكرنا ما يدل على ما سواه من هذا النوع.

---

(١) قوله: (أحد الجانبين ديار والآخر) في (ق٦): (إحدى الجهتين ديار والأخرى).

(٢) في (ق٦): (وقيل).

(٣) قوله: (فتمتنع) ساقط من (ق٦).

(٤) في (ق٦): (الضيقة).

باب
في التداعي في القسم والبيع

قال ابن القاسم:[١] إذا اقتسم أهل الميراث وادعى أحدهم الغلط؛ لم يقبل قوله إلا بأمر يستدل به ببينة[٢] أو تفاحش ذلك أنه غلط لا شك فيه، فيكون القول قوله مع يمينه كبيع المرابحة يدعي البائع وهماً فلا يقبل قوله إلا ببينة أو يأتي من رقم الثوب ما يستدل به أنه غلط.[٣]

قال الشيخ ﷺ: دعوى الغلط بعد القسمة على أربعة أوجه:

أحدها: أن يعدلا ذلك بالقيمة ثم يقترعا أو يأخذا ذلك بغير قرعة، ثم يدعي أحدهما غلطاً فهذا ينظر إليه أهل المعرفة فإن كانا سواء أو قريبا من السواء وإلا نقض القسم، وكان القول قول من ادعى الوهم والغلط.

والثاني: أن يقولا هذه الدار تكافئ هذه وهذا العبد يكافئ هذا من غير ذكر القيمة، ثم يقترعان أو يأخذان[٤] ذلك بغير قرعة فالجواب فيه كالأول؛ لأن مفهوم ذلك القصد إلى التعديل والمساواة في القيم، وكذلك إذا قالا هذه الدار تكافئ هذا المتاع أو هؤلاء[٥] العبيد، ثم أخذ كل واحد منهما أحد الصنفين بالتراضي بغير قرعة، ثم يتبين أن القيم مختلفة.

---

(١) قوله: (قال ابن القاسم:) ساقط من (ق٦).

(٢) قوله: (ببينة) ساقط من (ق٧).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٧.

(٤) في (ف): (يأخذ).

(٥) في (ق٦): (هذه).

والثالث: أن يقول أحدهما خذ[١] أنت هذه الدار أو[٢] هذا العبد وآخذ أنا هذه الدار أو[٣] هذا العبد من غير تقويم ولا ذكر مكافأة، فإن كانت القسمة بالتراضي مضت المغابنة على من كانت في نصيبه كما تمضي في البيع، إلا على قول من لم يمض المغابنة في البيع وإن كانت القسمة بالقرعة وهما عالمان بما بينهما من المغابنة[٤] كانت فاسدة فتفسخ بالجبر وإن لم [٥] يدع واحد منهما إليه؛ لأن القرعة على ذلك غرر، وإن كانا يظنان أنهما سواء[٦] كانت جائزة والقيام في ذلك كالعيب، فإن قام بذلك مَن عنده ذلك العيب فسخت وإن رضي به مضت.

والرابع: أن يختلفا في الصفة التي وقعت عليها القسمة[٧] مثل أن يتقاسما عشرة أثواب فكان في يد أحدهما ستة أثواب وقعت عليها القسمة[٨] وقال: هي نصيبي وعلى هذا اقتسمنا وقال الآخر: هذا الواحد منها لي وقد كانت قسمتنا خمسة وخمسة[٩] وإنما سلمته غلطاً فاختلف فيه على ثلاثة أقوال:

فقال ابن القاسم: القول قول الحائز له مع يمينه إذا أتى بما يشبه أن يتقاسم الناس عليه؛ لأن الآخر أقر بالقسم وادعى ما في يد صاحبه[١٠].

---

(١) في (ف): (أخذت).

(٢) في (ق٧): (و).

(٣) في (ق٧): (و).

(٤) قوله: (من المغابنة) ساقط من (ق٧).

(٥) قوله: (لم) ساقط من (ف).

(٦) في (ق٦): (أنها ثبتت).

(٧) في (ق٦): (مقاسمة).

(٨) قوله: (وقعت عليها القسمة) ساقط من (ق٧).

(٩) في (ق٦): (خمسة خمسة).

(١٠) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٧.

وقال أشهب في مدونته: القول قول الحائز له إذا أقر [١] الآخر أنه سلمه إليه عطاء[٢] ولا يمن عليه، وإن قال: سلمته على وجه الإيداع؛ كان القول قوله مع يمينه إن قاسمه خمسة وخمسة[٣]، ثم يكون الآخر بالخيار بين أن يسلمه أو يحلف أنه قاسمه ستة وأربعة ويتفاسخان القسمة كلها. وقال محمد بن عبدوس: يتحالفان ويتفاسخان ذلك الثوب وحده[٤]، وقال ابن حبيب: إن كانت القسمة بالتراضي لم ينظر إلى الدعوى وإن بان الغلط؛ لأنه كبيع المساومة فيلزمه التغابن وإن كانت بالقرعة على تعديل القيم[٥] لم يقبل قوله إلا أن يتفاحش الغلط فترد القسمة [٦]، وأرى إن كانت القسمة بالقرعة أن ينظر إلى القيم فإن كانت[٧] متساوية على ستة وأربعة مضت ولا يمين لمدعي السادس، وإن كان التعديل فيها خمسة وخمسة كان القول قول مدعي الخامس، لأن الآخر ادعى أن القسمة فاسدة وأنها كانت بالقرعة على تفاضل، وإن كانت القسمة بالتراضي بغير قرعة نظر إلى الستة، فإن كانت تقابل الأربعة في القيمة أو تقارب ذلك، فإن أضيف السادس المتنازع[٨] فيه إلى الأربعة تباينت القيم لم يقبل قول مدعي الخامس؛ لأنه أتى بما لا يشبه فإن كان الاعتدال فيها خمسة

(١) من هنا يبدأ بياض في نسخة فرنسا بمقدار لوحتين ونصف.

(٢) في (ق٦): (غلط).

(٣) في (ق٦): (خمسة خمسة).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٠. ونصه: قال ابن عبدوس: يقتسمان هذا الثوب المختلف فيه بينهما نصفين بعد أيمانهما.

(٥) في (ق٦): (القسمة).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤١.

(٧) في (ق٧): (وجدت).

(٨) قوله: (المتنازع) ساقط من (ف).

وخمسة لم يقبل قول من السادس في يديه؛ لأنه إذا كان الاعتدال خمسة وخمسة وعادت ستة وأربعة؛ تباين الفضل وصار من في يديه ستة قد أتى بها لا يشبه، والأصل إذا اختلف المتبايعان وأتى أحدهما بما لا يشبه؛ لم يقبل قوله كانت السلعة قائمة أو فائتة، وكان هاهنا من في يديه السادس بالخيار بين أن يسلمه بعد[١] يمين مدعيه أو يتحالفا ويتفاسخا جميع القيمة[٢]؛ لأن جملة ذلك بعضه ثمن لبعض، فإن أشكل الأمر مع بقاء القسمة ستة وأربعة كان القول قول من هو في يديه إذا أقر الآخر أنه سلمه على وجه الغلط؛ لأنه أقر أنه سلمه على وجه الملك فلا يقبل قوله في غير ذلك، وإن قال على وجه الإيداع تحالفا وتفاسخا قال ابن القاسم: وإن اختلفا في بيت من الدار وليس البيت في يد واحد منهما تحالفا وتفاسخا[٣] القسمة كلها، وإن كان حازه[٤] أحدهما كان القول قول الحائز مع يمينه فإن نكل حلف الآخر وأخذه، قال: وإن اختلفا في حد الدار فقال أحدهما: الحد من هاهنا ودفع عن جانبه، وقال الآخر: الحد من هاهنا ودفع إلى جانب صاحبه، نظر فإن كان قسمة الساحة والبيوت معاً فسخ جميع القسم وإن قسمت الساحة ناحية تحالفا وتفاسخا في الساحة وإن ادعى أحدهما معرفة الحد وشك الآخر، كان القول قول من ادعى التحقيق واختلف في يمينه، وإن شكَّا قسما ما شكَّا فيه[٥].

* * *

---

(١) في (ق٦): (بغير).

(٢) في (ق٦): (القسمة).

(٣) قوله: (قال ابن القاسم: . وتفاسخا) ساقط من (ف).

(٤) في (ق٦): (أحازه).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٨.

فصل
[في الاختلاف في البيع]

وإن كان الاختلاف في بيع وليس[١] مقاسمة فقال: بعتك هذه التسعة الأثواب بعشرة دنانير والعاشر وديعة، وقال الآخر: العشرة بعشرة فإن أتيا بما يشبه ولم تفت الأثواب تحالفا وتفاسخا، وإن فاتت بحوالة أسواق فما فوق كان فوتاً في التسعة دون العاشر؛ لأنه لم يفت ببيعه، فيحلف المشتري أنه اشترى العشرة بعشرة، ويغرم ما ينوب التسعة على أن ذلك العاشر داخل في البيع ويرد العاشر على ما هو به من عيب، ولا شيء على المشتري إذا لم يكن العيب من سببه، فإن كان من سببه وكان العيب يسيراً أخذه صاحبه وما نقصه العيب، وإن كان كثيراً غرم جميع قيمته إلا أن يكون الثمن أكثر فيمضيه له بالثمن؛ لأنه قد أقر أنه اشتراه بذلك الثمن، وإن باعه المشتري كان لصاحبه الأكثر من ثلاثة من قيمته يوم باعه المشتري، أو الثمن الذي باعه به، أو ما ينوبه من الثمن في العقد الأول وإذا كان الثمن الأول أكثر فحلف المشتري استغنى عن يمين البائع وإن كان عبداً أعتقه رد العتق؛ لأنه لم يقر ببيعه وإن هلك من غير سبب المشتري قبل التنازع أو بعده وقبل أن يوقف سقطت الآن[٢] الأيمان عنهما جميعا وغرم المشتري عشرة دنانير؛ لأن التنازع حينئذ لا يفيد واحداً منهما؛ لأن المشتري يقول: إن كان الأمر كما قلت فمصيبته منك والبائع يقول: أنت مقر أن العشرة دنانير لازمة لك لأن مصيبته منك، ولو أوقفه الحاكم فهلك في الوقف ثم ثبت أنه دخل في البيع، كان المشتري بالخيار

---

(١) في (ق٦): (ولم يكن).

(٢) قوله: (الآن) ساقط من (ق٧).

بين أن يحط عن نفسه ما ينوبه من ثمنه أو يغرمه قيمته؛ لأن البينة شهدت أنه كان متعدياً في منعه، وإن ثبت أن البيع في تسعة أغرم المشتري عشرة دنانير وقيمة العاشر.

فصل
[في القاسم والقاضي إذا غلطا]

وإن لم يلوا القسم بأنفسهم ووكلوا من قسم بينهم ثم قال بعضهم: غلط القاسم أو جار[1] رفع الأمر إلى السلطان فإن وجد على التعديل مضى فإن رضي جميعهم بنقضه ليستأنفوا القرعة أو التراضي بقسمته لم يجز؛ لأنهم ينتقلون من معلوم ما صار إلى مجهول ما يكون في المستقبل، ولو تراضوا بنقضه بشرط أن يأخذ كل واحد شيئاً معلوماً معيناً جاز، وإن وجد على غير تعديل نقض وسواء كان القسم برضا الورثة أو ببعثة من السلطان.

وقال ابن القاسم: ولم ير مالك قسم القاسم بمنزلة حكم الحاكم[2]، يريد: أن القاضي والقاسم اجتمعا في أن كل واحد عمل باجتهاده، ثم الجواب مفترق فإن حكم حاكم باجتهاده لم ينقض اجتهاد غيره، واختلف هل ينقضه هو إذا تبين أنه خطأ؟ ويجوز ذلك في القسم أن ينقضه هو وغيره إذا تبين فيه خطأ بَيِّنٌ؛ لأنه كمخالفة النص لأنه إنما وكَّل على التعديل، والغلط تدرك معرفته قطعاً؛ فينقضه[3] هو وغيره والاجتهاد في القسم بخلاف ذلك.

وقال أشهب: القاضي والقاسم في هذا سواء إذا أخطأ أو غلط غلطاً بيناً

---

(١) في (ق٦): (حاب).

(٢) انظر: المدونة: ١٤/ ٤٩١(دار صادر).

(٣) قوله: (هو وغيره إذا تبين فيه... قطعا؛ فينقضه) ساقط من (ق٢).

ردّ، وإن كان ذلك مما يكون من القاسم جاز على من أسهم له، ونظر في الحصص التي بقيت فإن كان إن أعيدت قسمته خرج على[1] ما هو أحسن نقض الأول، وكذلك قال في القاضي إذا حكم بشاذ مباين للحق نقضه غيره، وإن لم يتباين لم يكن لغير القاسم أن ينقضه ولا ينقض اجتهاده لاجتهاد غيره، ويختلف هل ينقضه القاسم نفسه إذا تبين له أن غير الأول أصوب؟ ولو كانت داراً أجراها على السهام فأعفى [2] بعضهم، ثم تبين أن غير ذلك أحسن أعاد القسم مما لم يقرع عليه.

ويختلف فيما مضى هل ينقض فإن لم يتبين الغلط حتى وقع هدم لم يكن على من يرجع عليه في الهدم شيء ، ويختلف هل يفيته البناء لأنه بنى بإذن من الورثة[3].

❊ ❊ ❊

(١) قوله: (على) ساقط من (ق٧).

(٢) في (ق٦): (فأعطى).

(٣) قوله: (لأنه بنى بإذن من الورثة.) نهاية البياض من نسخة فرنسا.

(ف) ٣٣٥/أ

/ باب
في قسمة الوصي على من يلي عليه من صغير أو سفيه أو على الغائب الكبير

قسمة الوصي على من يلي من صغير أو سفيه على ثلاثة أوجه:

فإن كان المولى عليه واحداً جاز أن يقسم له من هو رشيد من غير مطالعة حاكم؛ لأنه لا يتهم أن يميل عمن هو في ولاية إلى الرشيد.

واختلف إذا كانا صغيرين ورشيداً، هل يجوز كالأول أو يكره لإمكان أن يكون ميله لأحد الصغيرين أكثر[1] فيأخذ له ما هو أفضل إلا أن يكون الذي يأخذ له شائعًا.

والثالث: أن يكونوا صغاراً لا كبير معهم.

فاختلف في قسمته بالمنع والجواز والكراهية، فقال في المدونة: لا يقسم بينهم إلا السلطان[2].

وقال أيضاً: يكره فإن نزل مضى، وقال سحنون: ذلك جائز[3].

وقال ابن القاسم في كتاب الرهن: يجوز للأب أن يشتري لابنه الصغير من ابن له صغير[4] فعلى هذا يجوز أن يقسم بينهم.

واستحسن أن يرفع الأمر إلى القاضي ليجعل معه غيره، أو يحضره عدلين ليجتهدا معه خيفة أن يكون له ميل مع أحدهما، وذلك أسلم وأحوط وإن لم

---

(١) قوله: (أكثر) ساقط من (ق٦).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٩.

(٤) انظر: المدونة: ٤ / ١٤٩.

يفعل مضت قسمته؛ لأن محمله على الاجتهاد لجميعهم حتى يعلم غير ذلك.

وإن كان الكبار غيباً كان نظره في المقاسمة أو البيع من غير مقاسمة على خمسة أوجه:

فالأول: المقاسمة بين الصغار والكبار.

والثاني: المقاسمة لوصية الميت إن أوصى بالثلث.

والثالث: البيع للوصية إذا لم يوص بجزء.

والرابع: البيع لقضاء ما على الميت من دين.

والخامس: البيع من غير وصية ولا دين.

فأما المقاسمة بين من يلي عليه وبين الغيب الكبار فيجوز في العين.

قال محمد: له أن يقاسم للصغار(١) العين ثم لا يقسم أيضاً ما صار للصغار بينهم، ولا يقسم ما صار للكبار، ولو فعل ما جاز وإن تلف ما أوقف(٢) له رجع على من سلم(٣) له وكان التلف من جميعهم(٤)، وجعله بمنزلة ما لم يقسم ولا يضمن ما تلف لأنه إنما زاد فيه.

واختلف في قسمة المكيل والموزون فمنع ذلك محمد وقال إنما ذلك في العين خاصة(٥)، وأجازه أشهب في(٦) مدونته إذا كان الطعام صنفاً واحداً قال:

---

(١) في (ق٦): (الكبار والصغار).

(٢) في (ق٦): (وقف).

(٣) في (ق٧): (أسلم).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣٠٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣٠٣.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣٠٢.

وقسمة ذلك بينهم بمنزلة أخذه النفقة منه[1] للأصاغر، وإقراره حظ الغائب حتى يقدم بمنزلة نفقته عليهم وعلى الميت دين وأنفق من الفضل على الدين فيجوز ذلك، فإن تلف مصابة الغائب أو دين الغريم لم يرجع على الوصي، ولا على الورثة بما أنفق عليهم بعد حبس ما عليه من الدين.

وأرى [2] إن كان الطعام صُبرة واحدة أو صبراً وكان يقسم كل صبرة أن يجوز وإن كان يأخذ لمن يليه صبرة ويوقف[3] للغائب الآخر فليس بحسن؛ لأنه مما تختلف فيه الأغراض فقد يكون الذي أوقف لهم أدنى عند غيره ممن هو أبصر منه، ولا يجوز ذلك في العروض والعبيد.

قال محمد: فإن فعل فهلك ما أوقف للغائب كانت[4] مصيبته من جميعهم، وكان الغائب على حظه في الذي صار للصغير، وإن هلك ما صار للصغير كانت مصيبته منه، وأجاز إذا أوصى بالثلث أن يقسم ذلك على الغيب[5]، ويأخذ الثلث للموصى لهم ويوقف الثلثين[6].

واختلف هل يبيع جميع التركة ثم يقسم العين أثلاثاً أو يبيع الثلث خاصة؟

وأجاز أن يبيع الدور والحيوان لقضاء دين الميت.

ويجوز على هذا أن يبيع للوصية إذا لم تكن الوصية بجزء وكانت بدنانير أو غيرها.

---

(١) في (ق٦): (للنفقة).

(٢) قوله: (وأرى) في (ف): (قال الشيخ رحمه الله: أما).

(٣) في (ق٧): (توقف).

(٤) في (ق٦): (فإن).

(٥) في (ق٦): (الغائب).

(٦) في (ق٦): (الثلثان) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣٠٠.

قال محمد: وليس قسمة الدور وغير العين [(١)] بين الصغار والكبار كقسمة الوصي الثلث بين الموصى لهم إن كانوا كباراً فذلك جائز عليهم؛ لأن الذي أوصى [(٢)] بالثلث ولاه رجلًا وذلك جائز. [(٣)]

وقال أشهب: وإن لم يكن على الميت دين ولا وصى بشيء والورثة بعيدو الغيبة، فله أن يبيع الحيوان والعروض. يريد: يبيع الحيوان لما يتكلف من حفظه والإنفاق عليه وقد تستغرقه النفقة، ويبيع العروض إذا كان يخاف عليها الفساد[(٤)].

وقال ابن القاسم: يرفع ذلك إلى الإمام حتى يأمر ببيعه[(٥)] وهو أحسن، وهو أصل المذهب أن لا يبيع على الغائب إلا الإمام.

وأجاز في أحد القولين إذا أوصى بالثلث أن يبيع جميع التركة؛ خيفة أن تختلف القيم فيما يأخذ الورثة، فقد تكون القيمة عند بعض أهل المعرفة أقل، فكان بيع الجميع لرفع التنازع في ذلك والقياس ألا يباع ثلثاهم.

وأصل المذهب والمعروف/ منه أن لا يقسم الوصي على الغيب الكبار، (ف) ٣٣٥/ب
ولا يبيع لدين ولا لغيره، ولو جاز أن يقسم الثلث من الثلثين؛ لجاز أن يقسم بين الصغار والكبار.

* * *

(١) في (ف): (المعين).

(٢) في (ق٦): (وصى).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣٠٣.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣٠٠.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣٠١.

فصل
[فيما إذا دعا الكبار من الورثة إلى المقاسمة]

وإذا دعا الكبار من الورثة إلى المقاسمة كان الوصي في جميع نصيب الأصاغر، وتفرقته على ما يراه من حسن النظر، فإن رأى التفرقة أحسن فرق وإن كان الجمع أفضل جمع.

ويجوز أن يجمع نصيبان في القسم بالتراضي.

واختلف هل يجوز ذلك بالقرعة فمنعه ابن القاسم[١] وأجازه أشهب [٢]، قال: وليس في تفرقة ذلك وجه يرتفق به لهم، وإنما ينبغي أن يقسم للكبار[٣] الذين طلبوا القسم، وإن هو قسم ذلك متفرقاً لم يجمع ذلك بعد، فعلى قوله إن كان كبيراً واحداً وصغاراً كتب رقعتين وسمى فيهما كل طرف، فأي الطرفين خرج له أخذه وبقي ما سواه على الشركة، وإن كانا كبيرين أو أكابر وصغاراً كتب أسماء الكبار خاصة، وخلطها وأقرع على أي الطرفين يكون لمن خرج سهمه أولاً، فإذا لم يبق إلا كبير واحدٌ كتب رقعتين يذكر الطرفين فأيهما خرج له[٤] أخذه وكان الباقي على الشركة بين الأصاغر.

* * *

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٠.

(٣) في (ق٧): (للأكابر).

(٤) قوله: (له) ساقط من (ق٦).

باب
فيمن له نخلة في أرض غيره فسقطت
هل يجعل غيرها مكانها أو خرج في أرضه
عرق من شجرة غيره أو عين لغيره

وقال مالك فيمن له نخلة في أرض غيره فقلبتها الريح له أن يغرس مكانها أخرى(١).

قال ابن القاسم: وله أن يغرس غير النخل، إذا كان لا يضر بالأرض ولا يكون أكثر انتشاراً(٢)، يريد: أن يعمل مكان الأولى ما لا يضر بباطن الأرض مما يكون عروقه أكثر انتشارا أو أقوى من الأولى، فيهلك ما يجاوره ولا يضر في أعلاها مما تكون فروعها أكثر فيستر المشمس من الأرض فتضعف منفعتها.

وقال ابن القاسم في العتبية في رجل تفقأت الأرض من جنانه عن عروق من شجر في جنان غيره. (٣) قال: إن كانت فيه منفعة إن قلع كان لمن هو من شجرته أن يقلعه ويغرسه في مكان آخر، وإن لم تكن له فيه منفعة ولا عليه فيه مضرة بقي لصاحب الأرض إلا أن يكون لو قلع له ثمن الخشبة أو الحطب فيأخذ قيمته مقلوعاً(٤).

وقال عيسى: وإن كان إقراره بحاله مضرّاً بأصل الشجر التي هو منها لم يكن له أن يضره إلا برضا صاحب الشجرة(٥).

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٨٠.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٨٠.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٢٦٣. وردت بلفظ: (تفقعت الأرض في جنانه)

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٦١.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٦١.

قال الشيخ ﷺ: فإن لم يرض وكان إن قطع في الأرض ما بين الفرع والشجرة التي هو منها، ثبت قطع ما بينهما وأعطى قدر قيمته مقلوعاً، وإن كانت لا تثبت قطع وأخذه صاحبه.

وقال ابن القاسم فيمن له نهر يمر في أرض غيره، قال: لصاحب الأرض أن يغرس في[1] حافتي النهر شجراً وليس للآخر منعه من ذلك، فإن غرس فاحتاج النهر إلى الكنس طرح الطين على حافتي النهر فإن لم يقدر إلا على طرحه على الشجر لكثرة الشجر، طرحه عليها إذا كانت العادة أنه يطرح على حافتي النهر[2]، فجعل حق صاحب النهر في موضع جريان الماء خاصة، والحافتان ملك لصاحب الأرض يغرسها إن أحبَّ، ولا يطرح الآخر عليها إلا لعادة، ولصاحب النهر أن يمنع صاحب الأرض من غراسة حافتي النهر؛ إذا كان يضر بالماء لما يشرب منه في أصول [3] الشجر، ولأن عروق الغرس تعترض في النهر فتضر بجريانه.

* * *

(١) قوله: (في) ساقط من (ق٦).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٥.

(٣) قوله: (يشرب منه في أصول) في (ق٦): (تشرب منه أصول).

باب
في الورثة يقسمون تركة ميتهم
ثم يطرأ غريم أو وارث أو موصى له

وقال ابن القاسم فيمن مات وعليه دين وترك دوراً فاقتسمها الورثة وجهلوا أن على الميت ديناً أو جهلوا أن الدين يخرج قبل الميراث قال: ترد القسمة حتى يخرجوا الدين إن أدرك مال الميت بعينه وإن أتلف بعضهم ما صار إليه كان للغريم أن يأخذ جميع ما أدرك في يد الآخر إلا أن يكون حقه أقل فيأخذ مقدار دينه، ويطرح هذا الدين فلا يحسب وينظر إلى ما بقي في يده وما أتلف الآخر، فيكون ذلك كله مالاً للميت، وينظر إلى ما بقي في يد هذا[1] فيكون له ويتبع جميع الورثة بما بقي له من ميراثه، ويضمن له الورثة ما أكلوه واستهلكوه، وما مات في أيديهم من الحيوان والرقيق، وما[2] تلف من الأمتعة بأمر من السماء ولهم على ذلك بينة فلا ضمان عليهم فيه.

وإن جني على شيء من ذلك قبل لحوق الدين اتبع جميعهم الذي جنى، وإن بيع شيء من ذلك بغير محاباة مضى البيع واقتسموا الثمن[3].

قال: وإن طرأ وارث على ورثة أخذ من كل واحد قدر ما يصير عليه[4] من ميراثه، وليس له على هذا الذي بقي في يده مال الميت إلا ما يصيبه، لو لم يتلف ما أخذه أصحابه[5].

---

(١) في (ق٧): (يديه).

(٢) في (ق٦): (أو).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٨، ٢٥٢.

(٤) قوله: (عليه) ساقط من (ق٦).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٥٣.

وجعل الجواب في غريم طرأ[(١)] على غرماء مثل ذلك، ليس له على الموسر إلا ما ينوبه لو كان بقية الغرماء مياسير.

والطارئون[(٢)] ثلاثة: غريم، ووارث، وموصى له.

فالغريم: يصح رجوعه على كل من وضع يده على تركة الميت / من غريم ووارث وموصى له. (ف) ٣٣٣/أ

والوارث: يصح رجوعه على الورثة وعلى الموصى لهم، وكذلك الموصى له: يصح رجوعه على الورثة وعلى الموصى لهم.

فأما الغريم فإنه لا يخلو أن يطرأ على الغرماء بانفرادهم؛ لأنه قد تقدم قبله غرماء ولم يفضل عنهم شيء أو على الورثة؛ لأنه لم يتقدم قبله غرماء أو تقدم وفضل عنهم بأيدي الورثة ما يوفي بدينه.

أو على الورثة والغرماء؛ إلا أن الباقي لا يوفي بدينه، فإن كان ما خلفه الميت أخذه الغرماء قبله كان رجوعه على أولئك الغرماء، ولا رجوع له على الورثة إذا لم يعلموا بدين الطارئ، ولا كان موصوفًا بالدين؛ فإن أعسر بعضهم أو غاب لم يرجع على الموسر الحاضر إلا بما ينوبه لو كان بقية الغرماء حضوراً مياسير.

وإن طرأ غريم [(٣)] على ورثة فإنه لا تخلو التركة من أن تكون عيناً أو عروضاً أو دياراً، والدَّيْنُ يغترق جميع التركة أو بعضها فإن كان يغترق، والتركة عين وذلك قائم بأيدي الورثة أخذ جميع ذلك من أيديهم، فإن أكلوه

---

(١) قوله: (طرأ) ساقط من (ق٧).

(٢) في (ف) و(ق٧): (والطارئ).

(٣) في (ق٦): (كان).

ضمنوا، وإن ادعوا الضياع لم يصدقوا.

واختلف إذا قامت لهم البينة على الضياع فقال ابن القاسم: لا شيء عليهم.

وقال أشهب: يضمنون وهو أصله في العواري أنها مضمونة مع قيام البينة على الضياع[(١)]، والأول أحسن؛ لأن هذا استحقاق لا يضمن مع قيام البينة على التلف، إلا أن يحبسوا ذلك لأنفسهم مع علمهم بالدين، أو كان الميت موصوفًا بالدين[(٢)] لم يضمنوا، وإن لم تشهد بينة بالضياع إذا وقفوا ذلك عند أمين أو عند أحد الورثة وهو مأمون.

وإن كان الدَّيْنُ يغترق بعض تركة الميت وكلهم حاضر موسر غير مُلِدٍّ أخذ من يد كل واحد ما ينوبه، ولم يأخذ جميع حقه من أحدهم، فإن أعسر بعضهم أو غاب أو كان مُلداً، أخذ جميع حقه من الحاضر الموسر وممن هو غير مُلِدٍّ واتبع المأخوذ منه أصحابه.

واختلف إذا كانت تركة الميت دياراً، وكانت القسمة وهم عالمون بالدَّيْنِ فقال مالك في كتاب محمد: القسمة فاسدة منتقضة وسواء رضي الورثة بقضاء الدَّيْنِ أم لا[(٣)].واحتج بقول الله ﷻ: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ [النساء:١١].

وأرى أن القسمة لم يتعلق بها حق لله سبحانه، وإنما يتعلق بها حق لآدمي فإن رضوا بقضاء الدَّين لم تنقض، وإن لم يرضوا واختلفوا فرضي أحدهم ببقاء

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٥١.

(٢) في (ف) و(ق٦): (بالدين للغرماء لم يضمنوا).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣.

القسم، وأن يقضي ما ينوبه ولم يرض الآخرون نقضت، وقضي الدَّين، واستؤنف القسم في الباقي، وإن كان لا يبقى بعد قضاء الدَّين شيء كان القول قول من دعا إلى قضاء ما ينوبه ولا ينتزع ما في يده.

وقال أشهب وسحنون: القسمة جائزة إذا كان جميع المقتسم موجوداً ويفض الدَّين على ما في أيديهم بالحصص، فإن كان الدَّين يغترق نصف التركة وفي أيديهم ثلث التركة، وفي أيدي الآخرين الثلثان؛ بيع نصف ما في يد كل واحد إلا أن يكون على الغريم في ذلك ضرر فيما يباع له من حصة كل واحد لافتراقه، وقلة الرغبة في شراء البعض أو يكون ما صار لأحدهم أدنى ثمناً فينقض القسم[1].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: وعلى قوله لو بنى أحدهما في نصيبه وقيمته مائة، فصارت قيمته مائتين لبيع منه للغريم ربعه؛ لأنه هو نصفه قبل البناء إلا أن يشاء أن يدفع قيمة نصف ذلك يوم قاسم قيل يوم بنى؛ لأن البناء فَوت.

وإذا انهدم ما في يد أحدهما ولم يبن الآخر نقض القسم وليس الانهدام فوتاً.

وإن قال أحد الورثة لا تردوا القسم وأنا أقضي جميع الدَّين من مالي كان القول قوله ولم ينقض القسم، وهو في ذلك بمنزلة أجنبي قال للغريم: أنا أقضيك دينك، فإن القسم يمضي على كل حال وإن كان الدَّين يغترق جميع التركة، وقد هلك في يد أحدهما لم يضمنه وسواء كانت القسمة بالقرعة أو بالتراضي؛ لأن مقال الغريم معه من باب نقض القسم وهو كالاستحقاق فلا يضمن له شيئاً ولا يضمن الأخ لأخيه شيئاً؛ لأنه لا يستحق ميراثاً إلا بعد قضاء الدَّين.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٨.

فلو رجع الأخ على أخيه بقيمة نصف ما قبضه إذا كانت القسمة بالتراضي رجع عليه الغريم فأخذه منه؛ لأن الدَّين مبدأ على الميراث، وكذلك إذا كان الدَّين يغترق جميع الحاضر وبعض الهالك؛ لم يضمن من هلك بيده شيئاً.

واختلف إذا كان يغترق بعض الحاضر والقسمة بالقرعة، فقيل لا يرجع من استحق ذلك من يده ولا يرجع عليه، وأرى أن القسمة تمييز حق ويكون بمنزلة ما لو قضى ذلك الدين أجنبي وهو أحسن، وقيل يرجع عليه ولا يرجع، وقيل هي بيع فيرجع ولا يرجع عليه، وإن كانت القسمة بالتراضي رجع ولم يرجع عليه. وبيان ذلك يأتي فيما بعد إن شاء الله.

فإن كانت التركة عيناً ودياراً، وكان في العين وفاء بدين الطارئ قضي الدَّين من العين ومضى القسم في الديار،/ ولا قول لمن أراد نقض قسمة الديار. (ف) ٣٣٦/ب

وإن كانت التركة عيناً وعروضاً ودياراً، وقد قسم جميع ذلك قضي الدين من العين، وإن كانت التركة دوراً وعروضاً قضي من العروض؛ لأنها أقرب بيعاً ومن حق الغريم أن يبدأ بما هو أسرع بيعاً، ويمضي القسم في الديار وإن اقتسما دياراً وعبيداً فانهدم أحدهما أو حدث بالعبد عيب فبيع جميع السالم؛ لأنه أقرب بيعاً رجع على أخيه فقاسمه تلك الديار وذلك العبد على ما هما عليه من الانهدام والعيب قولاً واحداً، وإن بيع نصف السالم فكان رد النصف الباقي وانتقاض القسم أفضل له، أو أراد ردَّ ذلك لغرض له في الرد، وإن كان أبخس عليه كان ذلك له بغير خلاف أيضاً.

وإن اختار التمسك؛ لأن ذلك أفضل له كان ذلك له على أحد القولين، وقيل لأخيه أن يرجع عليه فمتى كان له[1] رجوع من بيع ذلك من يده لم يراع

(١) قوله: (له) ساقط من (ق٧).

فضل ولا خسارة؛ لأن رجوعه نقض للقسم؛ فإن انتقض القسم ارتفع مراعاة ذلك، ومتى لم يرجع من بيع ذلك من يديه لم ينتقض القسم، وبقي كل واحد منهما على ما في يده من ربح أو خسارة، ومعلوم أنه متى علم أن الرد أضر به لم يرجع، ولا يختار أبداً إلا ما هو أفضل له ولا فرق بين أن يقول أجنبي: «أنا أقضي هذا الغريم دَينه ليمضي القسم»، أو يقول ذلك صاحب الدَّين «أنا أرضى أن أسقط دَيني ليمضي القسم»، أو يقول ذلك أحد الورثة «أنا أقضي جميع الدَّين أو أبيع بعض ما صار لي في الميراث وأقضي جميع الدين» فالأمر في جميع ذلك سواء في أن القسم الأول باق على هيئته وهذا أحسن لقول النبي ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»(١) فإذا لم يرجع من رجع عليه الغريم؛ لم يكن لمن نقض ذلك من يديه مقال.

فصل
[إذا أقر أحد الورثة بعد المقاسمة بدين]

واختلف إذا أقر أحد الورثة بعد المقاسمة بدَين؛ فقال مالك: للمقر له أن يحلف ويأخذ حقه(٢)، يريد: إذا كان عدلاً، قيل لابن القاسم: أو لا ترى أن هذا يريد أن ينقض القسم بإقراره؛ لأنه إذا ندم أقر بعشرة دراهم ليبطل القسم ليجد منفعة كثيرة، قال: أرى أن يقال للورثة إذا حلف المقر له(٣) إن شئتم

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٧٤٥، في باب القضاء في المرفق، من كتاب الأقضية، برقم (١٤٢٩)، والبيهقي في الكبرى: ٦/ ٦٩، في باب لا ضرر ولا ضرار، من كتاب الصلح، برقم (١١١٦٦). قال الإمام النووى فى «الأذكار»: ١/ ٣٥١: رويناه فى الموطأ مرسلاً، وفى سنن الدارقطنى وغيره من طرق متصلاً، وهو حسن، انظر: روضة المحدثين: ٣/ ١٢٣، برقم (٤٨٧٤).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٨٤.

(٣) قوله: (له) ساقط من (ق٦).

فادفعوا إليه ما استحق بإقرار هذا أنتم والمقر وينفذ قسمكم، وإلا أبطلنا القسم وأُعطي هذا دَينه ثم قسم ما بقي[١]. وقال أشهب في مدونته: إن كان اقتسموا ثلاثة أعبد بِيع من كل عبد بقدر ما يصيبه من الدَّين ثم يكون ما بقي على ما اقتسموا عليه ولا ينقض القسم وإن كان من سوى الشاهد غيباً بما صار لهم في القسم والشاهد حاضر بالعبد، وكان أن بيع عبده في الدَّين ورجع على أخويه[٢] فيما صار لهما بالثلث بما[٣] هو زيادة له في ميراثه على ما كان قاسم إما بغبن وإما بما أنماه الله لهما زيادة لها بال يرغب في مثلها؛ فإن الشهادة باطل ولا يمين لصاحب الدين وليأخذ من الذي شهد له ما كان نصيبه من الدَّين لو جازت شهادته، ولا أرى هذا بمنزلة ما لو ثبت الدَّين بشاهدين قال: وهذا استحسان؛ لأنه لو قضي عليه بمثل ما قضي إذا ثبت الدَّين بشاهدين ولم يشهد الوارث فكان في ذلك منع الشهادة[٤].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: قول ابن القاسم بجواز الشهادة مخالف للمعروف من المذهب والأصل أنه إذا اتهم أن تسقط الشهادة.

وقول أشهب: إذا كان موجب الشهادة انتقاض القسم حسن وهو الأصل.

فصل
[في طُرُوِّ وارثٍ على الورثة بعد القسم]

وإن طرأ وارث على ورثة وهم أملياء والتركة عين أخذ من كل واحد ما ينوبه واختلف إذا وجد أحدهم معسراً فقال ابن القاسم: ليس له أن يأخذ

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٨٤.

(٢) في (ق٧): (إخوته).

(٣) قوله: (بما) ساقط من (ق٦).

(٤) قوله: (منع الشهادة) في (ق٧): (معنى لشهادة).

الموسر إلا بالنقد الذي كان يأخذه منه لو كان الجميع موسراً[(١)].

وقال أشهب وابن عبد الحكم: له أن يقاسم الموسر فيما صار له كأن لم يترك الميت غيرهما ويتبعان المعسر متى أيسر ورأيا أن القسمة فاسدة وإن لم يعلموا بالطارئ[(٢)].

والظاهر من مذهب عبد الملك أنها جائزة إلا أن يكونا عالمين بالطارئ فتكون فاسدة وأصل ابن القاسم أن ليس لأحد الشريكين أن يقسم العين دون شريكه وأمضى القسمة هاهنا لما كان غير عالم ولو كان عالماً لم يجز، وأصل أشهب ألا يجوز[(٣)].

وقد اختلفا إذا بيعت دار الميت وكان الثمن على يد الوصي فحل الأجل، فقال ابن القاسم: لا يزكى نصيب الصغار حتى يحول الحول من يوم المقاسمة[(٤)]، وقال أشهب: إذا حل[(٥)] الحول من يوم[(٦)] قبض الثمن زكى نصيب الصغار[(٧)]، وهذا إنما يصح على القول: له أن يقاسم الصغار من غير رضا بقية الورثة، وهذا رجوع من قول كل واحد منهما إلى قول الآخر، فإن أجاز القسم كانت الزكاة من يوم قبض ولا يدخل الطارئ على الموسر إلا بالزائد على نصيبه، وإن كان لا تجوز المقاسمة إلا برضا جميع الشركاء لم تجب

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤، ١١/ ٢٥٥.

(٣) في (ق٦): (الجواز).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ١٢٤.

(٥) في (ق٧): (كان).

(٦) قوله: (يوم) ساقط من (ق٦).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ١٢٤.

الزكاة إلا بعد حول من يوم المقاسمة ويكون للطارئ أن يقاسم أخاه بالسواء ثم يتبعان المعسر متى أيسر، وهذا بخلاف أن يطرأ غريم على غرماء؛ فإنه لا يتبع/ الموسر إلا بما ينوبه لو كان جميعهم موسراً؛ لأن الورثة في القضاء مقام (ف) ٣٣٧/أ السلطان وقضاؤهم ومقاسمتهم صحيحة، وليس كذلك مقاسمة الورثة فيما بينهم؛ لأنهم يقسمون لأنفسهم، وفي الغرماء إنما قسموا لغيرهم فقاموا مقام الحاكم.

وإن كانت التركة شيئاً مما يكال أو يوزن فاختلف فيه فقيل لهم المقاسمة فيه كالعين وقيل ليس لهم مقاسمة بخلاف العين.

فصل

وإن كانت التركة عقاراً فإنه لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن تكون داراً واحدة، أو دارين، أو جماعة ديار؛ فإن كانت داراً واحدة فاقتسماها نصفين، كان الطارئ بالخيار بين أن يجيز القسم؛ ويكون شريكاً لكل واحد من إخوته بثلث ما في يديه، أو يرد فيجمع نصيبه.

وإن كانت دارين فأخذ كل منهما داراً لم يكن للطارئ أن يرد القسم، وإنما له أن يرجع على كل واحد من أخويه في ثلث الدار التي في يديه؛ لأنه لو أدركهما ولم يقسما لم يكن له سوى ثلث كل دار فلم يدخلا عليه بقسمتهما مضرة،[1] فإن كانتا مما تحملان[2] القسم قسمتا وأخذ ثلث كل دار وإلا بيعتا إن دعا إلى البيع.

* * *

(١) في (ق٦): (ضررا).

(٢) في (ق٦): (تحتملان).

وإن أراد الأخذ بالشفعة فإن كان قسمتهما بالقرعة لم يكن ذلك له، على القول أن القرعة تمييز حق، وإن كانت بالتراضي جرت على اختلاف قول مالك في المناقلة هل فيها شفعة؟[(١)] وإن كانت ثلاثاً اقتسما دارين فأخذ كل واحد منهما داراً[(٢)] واحدة وبقيت الثالثة، وكانت لا تشبه أن تدخل في القسم مع الدارين اللتين اقتسما؛ لأنها أشرف أو أدنى كان الجواب في الدارين اللتين اقتسما على ما تقدم ويكون شريكاً في ثلث كل دار.

وإن كانت الثالثة مشابهة للدارين أو مقاربة لهما أقرع على الديار الثلاث، ويكون للمقتسمين أن يكتبا ثلاث رقاع بأسماء الديار على أيهما خرج كان للطارئ، فإن خرجت رقعة الدار الموقوفة للغائب مضت القسمة في الدارين على حال ما كانت، وإن وقعت على إحدى الدارين اللتين اقتسما انتقض القسم الأول فيما بين الحاضرين، وإن كان الحاضران اقتسما الديار أثلاثا أخذ هذا داراً وهذا داراً واقتسما الثالثة بينهما نصفين، فإن كانت الدار المقتسمة مباينة للاثنتين كان الجواب على ما تقدم، يمضي قسم الآخرين في الدارين ويكون للغائب ثلث كل واحدة وينتقض القسم في الثالثة، فإن كانت تحمل القسم على ثلاثة سهام قسمت وإلا بيعت إن دعا أحدهم إلى البيع، وإن كانت الثالثة مشابهة أو مقاربة للاثنتين ضرب بالقرعة على الثلاث، فإن وقعت قرعة الغائب على التي اقتسماها نصفين مضى القسم في الدارين، فإن وقعت على إحدى الدارين التي صارت لأحدهما كان الأخوان بالخيار في الدارين الباقيتين؛ فإن شاءا أن يمضيا قسمهما في الدار المقسومة على الحالة الأولى، وتكون[(٣)] الدار التي صارت لأحدهما بينهما

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١١٧.

(٢) قوله: (داراً) ساقط من (ق٦).

(٣) في (ق٧): (تكون).

نصفين، وإن شاءا نقض القسم الأول ويقترعان عليها[١]، والجواب إذا كانت التركة[٢] عروضاً على هذا إن كانت تنقسم أو لا تنقسم.

فصل
[في طُرُوِّ موصى له على الورثة بعد القسم]

وإن طرأ موصى له فإنه لا تخلو وصيته من ستة أوجه:

إما أن تكون بمعين: عبد أو دار أو بعبد مبهم، أو يقول: "له دار من دوري" ولم يعين، أو بجزء من عبيده أو دياره، أو بتسمية من العين أو بجزء من العين أو بجزء من ماله ولم يخص؛ فإن كانت بعبد بعينه أو دار بعينها والثلث يحملها؛ كان له أن يأخذ ذلك من الوارث كالاستحقاق ويرجع الوارث المأخوذ منه على الورثة، كأن الميت لم يخلف ذلك، وإن باع ذلك الوارث كان الموصى له بالخيار بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن أو يرد البيع ويأخذ عينه، وإن بان به مشتريه كان له الثمن وإن هلك بيد الوارث بأمر من السماء، فإن كان صار إلى يد الوارث بمقاسمة بالقرعة لم يرجع الموصى له بشيء، وإن صار إليه بالتراضي بغير قرعة أو صار إليه[٣] بوجه المبايعة كان له أن يجيز البيع فيه ويأخذ ثمنه من يد البائعين ويسقط من الثمن نصيب الوارث الذي اشتراه؛ لأنه لم يشتر نصيب نفسه وإنما اشترى نصيب الورثة، فإن لم يحمله الثلث كان الموصى له في الاتباع [٤] فيما يحمل الثلث منه على نحو ما مضى

---

(١) في (ق٧) و(ق٢): (عليهما).

(٢) قوله: (التركة) ساقط من (ق٧).

(٣) قوله: (صار إليه) ساقط من (ق٦).

(٤) في (ق٦): (الانتفاع).

إذا حمله الثلث.

وإن كانت الوصية بعبد أو دار غير معين كان شريكاً للورثة في تلك التسمية وهو في ذلك بمنزلة وارث طرأ على ورثة، فإن خلف الميت ثلاثة أعبد أو ثلاث ديار كان شريكاً بالثلث، وإن كانوا أربعة فالربع، فإن كان العبيد والديار تعتدل في القسم حتى يخرج له عبد أو دار ـ كان له أن ينقض قسمة الورثة ثم يقرع بينهم فيأخذ ما يخرج من القسم، وإن كانوا لا يعتدلون/ في القسم لم ينقض القسم الأول، وكان شريكاً في كل عبد وفي كل دار بقدر وصيته.

(ف) ٣٣٧/ب

وكذلك إذا كانت الوصية بجزء فقال له: ثلث عبيدي [1] أو ثلث دياري، فالجواب على ما تقدم إذا أوصى له بعبد مبهم.

وإن كانت الوصية بجزء من العين والتركة عين كان فيها قولان، فقيل يكون كوارث طرأ على ورثة، فإن وجد أحدهم موسراً كان له أن يأخذ منه ما ينوبه في المحاصة لو كان البقية مياسير وهو قول مالك[2].

وعلى قول أشهب وابن عبد الحكم يقاسم الموسر جميع ما في يديه، ثم يرجعان جميعاً على الوارث[3]. وفي كتاب محمد قول ثالث: أنه بمنزلة غريم طرأ على ورثة يستوفي من الموسر جميع وصيته ثم يرجع على أخيه، فقال: إذا أخذ أهل الوصايا وصاياهم ثم فضلت فضلة أخذها الورثة فإن كان فيها وفاء

(١) في (ق٦): (عبد).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٣/ ٢٠٧، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٣٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤.

بوصية الطارئ فإنها تحسب عليه ولا يتبع(١) بها إلا الورثة(٢)، قال: ولو أوصي لثلاثة بمائة دينار والثلث مائتان وخمسون فأخذ الحاضران مائتين والورثة خمسين ثم قدم الثالث بعدُ(٣) ـ كان يجب له ثلاثة وثمانون وثلث، على كل واحد من الموصى لهما سبعة عشر إلا ثلثا لا يأخذ الملي منهما عن المعدم وله أن يأخذ الوارث بجميع ما صار إليه من الخمسين، ثم يتبعان جميعاً باقي الورثة. قال: وكذلك كل من يرجع على وارث من غريم أو موصى له فليستوعب(٤) من الملي منهم جميع ما صار إليه من ذلك فأما غريم على غرماء(٥) أو موصى له على موصى لهم فلا يتبع الملي إلا كما يتبع المعدم(٦)، وأظنه(٧) ذهب في تبدية الموصى له وأنه كالغريم لقول الله ﷻ: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١١]، وقال ابن حبيب: لحوق الوصية للرجل بالثلث أو للمساكين أو بعدة دنانير بمنزلة لحوق الدين في انتقاض القسم، وفي ضمان الورثة فيما يضمنونه في جميع ذلك(٨)، وهذا مثل قول محمد.

وقال ابن القاسم(٩): إذا اقتسم الورثة مال الميت والمال عين أو عرض، ثم

---

(١) في (ق٦): (ينتفع).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤.

(٣) في (ق٧): (فقد).

(٤) في (ق٦): (فاستوعب).

(٥) في (ق٧): (غريم).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٤.

(٧) في (ق٦): (وأنه).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٥٢.

(٩) في (ق٧): (ميسر).

طرأ وارث أو موصى له بالثلث؛ فإنما يتبع كل وارث بما صار إليه من حقه، ولا يتبع الملي بما على المعدم[١]، فساوى بين الموصى له والوارث؛ لأن الميت شريك للورثة بالثلث، فكان كمشاركة أحد الورثة. وإن كانت الوصية بتسمية من العين مثل أن يوصى بمائة دينار، والثلث محمل الوصية، والتركة عروض أو عقار كان بمنزلة غريم طرأ على ورثة، وإن كانت الوصية بجزء بثلث ماله أو بربعه كان كوارث طرأ على ورثة؛ لأن الميت شرّكه معهم.

فصل
[فيمن أثبت الوصية بعبد بعينه فأخذه ثم طرأ آخر فأثبت الوصية بعبد آخر صار إلى أحد الورثة]

وإن أثبت رجل الوصية بعبد بعينه فأخذه، ثم طرأ آخر فأثبت الوصية بعبد آخر صار إلى أحد الورثة كان رجوعه على من هو في يديه[٢]، فإن كان الثلث يحملهما أخذ جميعه وإن كان لا يحملهما الثلث أخذ منه ما كان ينوبه في المحاصة ثم يرجع الورثة على الموصى له الأول بما فضل عنده فيما ينوبه في الحصاص، وإن أثبت الثاني الوصية بعبد أو دار غير معينة[٣] والثلث لا يحملهما أعني العبد الأول، والتسمية الثانية كان الطارئ شريكاً للورثة بتلك التسمية.

وكذلك إن أثبت الثاني الوصية بعين والثلث [٤] يحمل الوصيتين جميعاً [٥]

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١ / ٢٥٢.

(٢) في (ق٦): (يده).

(٣) قوله: (أو دار غير معينة) ساقط من (ق٧).

(٤) قوله: (لا يحملهما أعني... بعين والثلث) زيادة من (ف).

(٥) قوله: (جميعاً) ساقط من (ق٦).

كان مقاله مع الورثة دون الموصى له الأول.

وإن كان الثلث لا يحمل الوصيتين كان له أن يرجع على الفريقين، فيرجع على الموصى له بما فضل عنده لو كان حاصه بمنزلة غريم طرأ على غرماء، ويرجع على الورثة بما فضل عندهم من ثلث الميت، ثم يختلف هل يكون بمنزلة وارث طرأ على ورثة، فيتبع الموسر بما كان يتبعه لو كان جميعهم موسراً؟ أو بمنزلة غريم طرأ على ورثة، فيبدأ بوصيته من جميع ما يبدأ الموسر؟ والقول أنه كالشريك إذا كانت الوصية بجزء أحسن، وأما إن أوصى بعدة دنانير وهي أقل من الثلث فأرى أن يُخير هذا الوارث الموسر بين أن يدفع إلى هذا ما أوصى له به ويتبع الورثة بما ينوبهم من ذلك، أو يخرج من ثلث ما في يديه ويكون لهذا الموصى له إذا لم يجز أن يتبع بثلث الميت، وإن طرأ وارث على ورثة وموصى له فإن أوصى له بثلث ماله والتركة عين أو بدنانير مسماة من الثلث فأقل كان رجوعه على الوارث[1] على الورثة، وكذلك إن أوصى له بعبد بعينه أو بدار بعينها وهي الثلث فأقل برجوعه على الورثة، وإن أوصى له بثلث ماله والتركة عروض أو عقار فقاسمه الورثة كان للغائب أن يرد القسمة كلها لأن قسمتهم عليه لا تجوز، وإن ملك ما وهب للغائب كان من جميعهم الورثة والموصى له، وكذلك إن أوصى له بعبد من عبيده أو بدار من دوره ولم يعينها له[2] لم يقاسمه الورثة لم تجز القسمة[3] وكان للغائب أن يرد ما في يد الموصى له ويستأنف القسم / وإن أوصى له بالعين وترك للورثة ما يتعذر بيعه أو أوصى (ف) ٣٣٨/أ

(١) في (ف) و(ق٧): (كان رجوع الوارث).

(٢) قوله: (له) ساقط من (ق٦).

(٣) في (ق٦): (المقاسمة).

بالحاضر وترك لهم الغائب أو أوصى بالخدمة وترك لهم المرجع أو أوصى بالمرجع وترك لهم الخدمة والرقبة أكثر من الثلث فأجاز الورثة في جميع ذلك، ثم قدم الغائب فلم يجز كان له أن يرجع على الموصى له في نصيبه منه.

❊ ❊ ❊

باب
في الشريكين أو الورثة يجد أحدهما بعد القسمة عيباً أو يستحق ما في يديه

وقال ابن القاسم في شريكين اقتسما دوراً أو رقيقاً أو عروضاً ثم أصاب أحدهما عيباً، قال: أرى ذلك مثل البيوع؛ فإن وجد العيب بوجه ما أخذ أو أكثره رد جميع ذلك، ويكون ما رد وما أخذ صاحبه بينهما نصفين، إلا أن يفوت ما في يد صاحبه ببيع أو هبة أو صدقة أو حبس أو هدم فيأخذ نصف قيمة ذلك يوم قبض، وإن وجد العيب بالنصف رده وحده ورجع شريكاً فيما ينوبه، وإن وجد العيب بأقل ما في يديه رده، فإن كان السبع أو الثمن رجع في نصف قيمة سبع ما في يدي صاحبه، أي نصف ثمنه فيأخذ ذلك ذهباً أو ورقاً ولا يرجع شريكاً مما يأخذه صاحبه، قال: وكذلك إن أخذ أحدهما نخلاً أو دوراً وأخذ الآخر حريرا أو عطراً أو جوهراً وتراضيا بذلك فأصاب أحدهما ببعض ذلك عيباً؛ فإنه ينظر إلى الذي أصاب به العيب فإن كان وجه ما صار له رد جميعه، فإن لم يكن وجه[1] ذلك رده وحده بحال ما وصفته لك [2]، فساوى[3] في العيب إذا كان المقتسم صنفاً واحداً أو أصنافاً فأخذ أحدهما صنفاً والآخر صنفاً آخر، وقد اختلف في هذه الوجوه[4] الثلاثة: فاختلف إذا كان العيب في النصف هل له أن يرد السالم فلم ير له[5] ذلك ابن القاسم في مسألة الجاريتين

---

(١) قوله: (وجه) ساقط من (ق٦).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٩٤، ٢٩٥.

(٣) في (ق٦): (فسوى).

(٤) قوله: (الوجوه) ساقط من (ق٧).

(٥) قوله: (له) ساقط من (ق٧).

يستحق نصف ما في يد أحدهما. وقال أشهب في مدونته: هو بالخيار بين أن يتمسك بالباقي أو يرد الجميع(١). واختلف إذا كان المعيب أيسر ما في يديه فقال ابن القاسم: يرده ويرجع بما ينوبه قيمة(٢) دنانير أو دراهم، وقال أشهب في مدونته: يرجع شريكاً(٣)، وقال محمد: إذا استحق مما في يد أحدهما شيء انتقض(٤) القسم ولم يفرق بين قليل ولا غيره، وأرى إذا كانت القسمة بالتراضي أن يجري الجواب في جميع وجوه هذه المسألة على ما قاله ابن القاسم، فإن كانت بالقرعة كان القول قول من دعا إلى نقض القسمة، وإن كان العيب(٥) يسيراً لأن في(٦) زوال ذلك من يد أحدهما بالرد بالعيب أو بالاستحقاق يبين أن القرعة وقعت في غير موضعها وأنها لا تعتدل، ولا فرق بين الاستحقاق والعيب إلا أن المعيب إذا رد عاد إلى أصل الشركة فيكون بينهما على أجزاء الشركة التي تقدمت.

وإذا كان الحكم الرجوع في عين ما سلم فوجده قد مات، فإن كانت القسمة بالتراضي كان الجواب على ما قاله ابن القاسم تفيته حوالة الأسواق فما فوق من نقص أو زيادة، إلا الديار فلا تفيتها حوالة الأسواق ويفيتها الهدم والبناء، ويفيت الجميع البيع والصدقة والحبس والهبة والقيمة في ذلك يوم قاسم.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٢٢.

(٢) في (ق٦): (قيمته).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٢٣.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٢٤.

(٥) في (ق٦): (المعيب).

(٦) قوله: (في) ساقط من (ق٦).

واختلف إذا كانت القسمة بالقرعة على ثلاثة أقوال: فقيل هي بيع والجواب كالأول.

وقال أشهب في مدونته: ليست القسمة بالقرعة بيعاً وليس حوالة الأسواق ولا النماء والنقصان فوتاً ولكن إن باع أو دبر أو حبس فهو فوت يرجع بالقيمة[1] يوم قاسم بخلاف البيع وذلك أن البيع؛ المشترِي فيه ضامن والمقاسم غير ضامن لما قاسم.

قال ابن عبدوس: ويدخل على أشهب ما ذكر في الموت يقال له فلو ذهبت يده بعد القسم ثم أعتقه فأوجبت عليه قيمته صحيحاً يوم قاسم وهي مائة وقيمته يوم العتق خمسون فأغرمته مائة فقد ضمنته ما لم يكن في ضمانه وقد كان التسليط موجودا والضمان مرتفعاً.

قال: فأما سحنون: فإنما ضمنه القيمة يوم العتق، قال سحنون: فإن باع أحدهما واستحق عبد الآخر كان الثمن بينهما وإن كانت أمة فحملت منه ضمن قيمتها يوم حملت وعند أشهب يوم قاسم وإن وهب أو حبس فعلى أصل سحنون، تجوز الهبة في نصيبه ويأخذ شريكه نصيبه من الموهوب له وإن كان مما ينقسم قاسمه وإن أعتق ضمن قيمة نصيب أخيه يوم قاسم.

قال: وعلى أصل سحنون[2] يعتق نصيبه، ويُقَوَّم عليه شريكه نصيبه يوم التَّقويم إن كان مليًّا انتهى قوله. فاتفق أشهب وسحنون إذا لم يخرج من اليد أن النماء والنقصان بينهما وليس بفوت.

واختلف إذا خرج من اليد ببيع أو هبة أو صدقة أو حبس أو عتق فجعله

---

(١) في (ق٦): (بقيمته).

(٢) في (ق٧): (أشهب).

أشهب فوتاً والقيمة يوم قاسم؛ لأنه كان بتسليط من الشريك.

/ واختلف فيه قول سحنون فرآه مرة فوتاً والقيمة يوم فات[١]؛ لأنه كان بتسليط من الشريك وجعله مرة كالمستحق فيرجع في عينه إن وهب أو تصدق وإن أعتق كان الاستكمال في العتق يوم الرجوع؛ لأن ذلك التسليط كان بالجبر إذا دعا إليه صاحبه ففارق التسليط اختياراً، وإذا كان التقويم الآن كان الذي يرجع بالخيار بين أن يعتق أو يقوم على شريكه، ففارق مسألة الأمة بين الشريكين يعتقها أحدهما فإنه يمضي عتق جميعها؛ لأن الشريك عالم بالتزام القيمة وهذا غير عالم أن معه شريكاً، فإن مات العبد بعد العتق وقبل رجوع الشريك [٢] لم يضمن نصيب صاحبه على أحد قولي سحنون وتكون الدار بينهما؛ لأن ابن القاسم وأشهب يقولان إذا صبغ الثوب، ثم اطلع على عيب أن الصبغ ليس بفوت وله أن يرد ويكون شريكاً بالصبغ، وهذا محمل البيوع والقسمة ليس فيها فوت. (ف) ٣٣٨/ب

قال الشيخ رحمه الله: قول ابن القاسم أحسن وليس الهدم والبناء كالصبغ، والهدم فوت كما قال فيمن اشترى ثوباً فقطعه تبابين [٣] أو بنياناً فهدم[٤] أنه يرجع بالعيب ولا يرد والبناء فوت كالصغير يكبر وهذا إذا كانت قاعة فبناها، أو كانت مما تعظم فيها النفقة فإن لم تكن قاعة وكان البناء يسيراً أو الهدم يسيراً كان كالصبغ.

---

(١) في (ف) و(ق٧): (أفات).

(٢) في (ق٦): (الرجوع).

(٣) التبابين: جمع تبان، وهي السراويل الصغيرة. انظر: لسان العرب: ١٣/ ٧١، بتصرف.

(٤) في (ق٧): (شابا فهرم).

واختلف بعد القول أن لا تكون القيمة يوم القسم، فقيل القيمة في الأرض يوم بنى كما قيل في الاستكمال في العتق يوم أعتق؛ لأنه كان بتسليط من المالك.

وقال ابن عبدوس عن سحنون أنه قال: يشاركه في قاعته بما بنى ثم يعملان في البناء على حديث حميد[(١)] بن قيس [(٢)].

واحتج في الهدم فعلى قوله هذا إن أعاد فيها نقضها كان شريكاً بالتلفيق وحده، وإن زاد فيها كان شريكاً بالزائد والتلفيق.

وإن انهدم ذلك وغصب جميع النقض قبل الأخذ بالعيب لم يضمن أحدهما للآخر شيئاً وكانت الشركة في القاعة كالاستحقاق.

وعلى القول الأول تكون مصيبته من الباني وعليه قيمة نصيب شريكه من القاعة والأنقاض.

فإن هدم الشريك ولم يبنه حتى قام شريكه رجع فيه مهدوماً والهدم بخلاف البناء لأنه على أحد أمرين؛ إما أن يقال أن ذلك بتسليط من الشريك فلا شيء عليه والبناء إذا كان بتسليط فوت أو يقال: إنه كالمستحق فلا شيء على من هدم ثم استحق، كما لا يضمن لو تلف من يديه وإنما يضمن بالهدم على القول أن القسمة بيع وتكون القيمة يوم قاسم.

---

(١) في (ق٧): (حمديس).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٥، ولم أقف على الأثر، وإنما قال في النوادر: ١٠/ ٥٠٧: من كتاب ابن حبيب وغيره: ذكر حديث حميد بن قيس فيمن أحيا أرضا مواتا لا يظنها لأحد، ثم أتى من يستحقها بالبينة، فقضى عمر أن لرب الأرض إن شاء أعطى الذي عمر قيمة ما أحدث فيها، وإلا أعطاه الآخر قيمة أرضه).

باب
فيمن اشترى[1] عبداً فباع نصفه ثم استحق ربعه وإذا اقتسما عبدين فاستحق أحدهما أو نصفه وكيف إن طرأ أخ بعد القسمة وقد هلك ما أخذ

قال ابن القاسم فيمن اشترى عبداً فباع نصفه ثم استحق ربعه قال: فيأخذ المستحق ربعه من المشتري الأول والآخر، ويكون المشتري الآخر بالخيار بين أن يتمسك بالباقي أو يرده ويرجع بالثمن، ويكون للمشتري الأول على بائعه مثل ذلك يكون بالخيار[2].

وقال أشهب: يأخذ المستحق ربعه من البائع الأول خاصة ولا رد له[3]؛ لأن الجزء الذي اشترى له بحاله، ولا رد للمشتري الأول على بائعه؛ لأنه باعه إياه كله فليس له أن يرد بعضه فجعل الاستحقاق في نصيب البائع وحده، وقول ابن القاسم أبين، وإنما يجعل البيع في نصيبه إذا كان عالماً بالشريك، وأما مع[4] عدم العلم فإنما باع نصفا من جملة يرى أنها له، فلا يحمل على المبيع[5] أنه من أحد النصفين دون الآخر، وللمشتري الآخر أن يرد بعيب الشركة في الاستحقاق؛ لأنه اشترى نصفاً ليختدم يوماً والبائع يوماً وإذا استحق ربعه استخدمه المستحق يوماً من أربعة وذلك عيب عليه؛ لأنه يغيب عنه يومين، وعيب آخر أنه إذا اختدمه المستحق يوماً استخدمه المشتري يوماً والبائع يوماً،

---

(١) في (ق٦): (ابتاع).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٩٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٢٥.

(٤) قوله: (مع) ساقط من (ق٧).

(٥) في (ق٦): (البيع).

وبقي يوماً شركة لا يقدران على قسمة خدمة[١] ذلك اليوم، وهذا خلاف أن يكون العبد بين شريكين فيبيع أحدهما نصفه من ثالث[٢] فلا مقال لصاحب النصف الذي لم يبع؛ لأن القسمة الأولى لا تتغير وهو على حقه؛ لأنه يختدمه يوماً والذين[٣] اشتروا يوماً على الأصل الذي كان قبل البيع؛ لأن من حق الأول مع البائع أن يختدمه يوماً بيوم والذين اشتروا يحلون محل البائع في ذلك، وكذلك لو كان عبد بين رجلين فباع أحدهما نصف نصيبه لم يتغير القسم الأول فيختدمه من لم يبع يوماً والبائع والمشتري منه يوماً، وإن قال المشتري الثاني:[٤] أنا أتمسك ولا أرد وقال المشتري الأول: أنا أرد الربع والثمن الباقي في يدي ـ كان البائع الأول بالخيار بين أن يقبل ذلك أو يمنعه / الرد ويعطيه قيمة عيب الشركة بالربع؛ لأنه يقول: إن رددت عليَّ كان عليَّ في مقاسمة المشتري الخدمة منك عيب؛ لأن للأول يوماً من أربعة وتبقى ثلاثة أيام يختدمه البائع الأول يوماً والمشتري الآخر يوماً، ويبقى يوم لا يقدران على قسمته إلا على حرج أو يكون بعض يوم وبعض يوم. (ف) ٣٣٩/أ

فصل
[إذا اقتسم الشريكان عبدين ثم استحق نصف عبد أحدهما]

واختلف إذا اقتسم الشريكان عبدين ثم استحق نصف عبد أحدهما، فقال ابن القاسم: يرجع المستحق من يده في ربع العبد الذي في يد صاحبه؛ لأنه ثمن الذي استحق من نصيبه إن كان قائماً وإن كان فائتاً فقيمته يوم قبضه ولا يكون

(١) قوله: (خدمة) ساقط من (ق٦).
(٢) في (ق٦): (ثلاثة).
(٣) في (ق٧، ق٢): (والذي).
(٤) قوله: (الثاني) ساقط من (ق٦).

الذي يرجع بالخيار في رد الباقي وأجرى القول على أن القسمة بيع[١].

وقال أشهب المستحق من يده[٢] بالخيار فإن أحب أمسك الباقي في يده ورجع في ربع العبد وإن أحب رد ويكون النصف الباقي والعبد الآخر بينهما نصفين[٣] قال: لأن القسمة ليست ببيع.

وأرى أن يكون له الرد وإن كانت القسمة بالتراضي، إذا قال المستحق من يده إنما أردت دفع ضرر الشركة.

وإن استحق جميع العبد رجع في نصف العبد الذي بيد صاحبه إن كان قائماً، وإن تغيرت سوقه أو تغير في نفسه أو خرج من يده[٤] ببيع أو هبة أو صدقة أو عتق، وكانت القسمة بالتراضي ـ كان فوتاً ورجع بالقيمة يوم قاسم، وإن كانت بالقرعة عاد الخلاف المتقدم فمن قال: إن القسمة بالقرعة بيع رجع على شريكه بالقيمة يوم قاسم، وعلى قول سحنون وابن عبدوس يكون له في البيع نصف الثمن[٥].

واختلف قوله في الهبة والصدقة والعتق، هل يمضي بالقيمة يوم وهب أو تصدق أو لا يضمن ذلك ويتبع الشريك الموهوب له أو المتصدق عليه، ويكون في العتق بالخيار بين أن يعتق نصيبه أو يقومه الآن على المعتق؟

وإذا كان العبد الذي يرجع فيه قائماً وقد اغتل كل واحد منهما عبده، فإن كانت القسمة بالتراضي لم يرجع أحدهما على الآخر في شيء من الغلة وكان

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٩٧.

(٢) في (ق٦): (يديه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٢٥.

(٤) قوله: (من يده) ساقط من (ق٧).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٤.

لكل واحد منهما ما اغتله، وكذلك إذا كانت القرعة على القول أنها بيع، وعلى القول أنها تمييز حق يكون المستحق من يده بالخيار بين أن يمسك غلة العبد المستحق من يده ولا يرجع على أخيه بشيء ولا يرجع أخوه عليه بشيء، وإن شاء رد الغلة فكانت مع العبد الذي لم يستحق وغلته[1] بينهما نصفين وهذا قول ابن عبدوس[2].

فصل
[فيمن ورثوا عبيداً واقتسموهم ثم مات أحد العبيد واستحق آخر]

وقال أشهب: قال مالك في ثلاثة إخوة ورثوا ثلاثة أعبد فاقتسموهم، وصار لكل واحد منهم عبد ثم استحق أحدهم ومات آخر قال: يرجع الذي استحق من يديه فيأخذ ثلث الحي ويبقى ثلثاه لمن هو في يديه ولا يرجع الذي مات العبد في يديه بشيء[3]، يريد: ولا يرجع عليه.

وقال أشهب: فلو كانت المقاسمة بيعاً رجع من استحق عبده على الذي مات في يده بثلث قيمته يوم دفعه[4]، وقد قيل أيضاً: إنه وإن كانت القسمة تمييز حق فإن لمن مات عبده أن يرجع في ثلث الحي؛ لأنه كشف الغيب أن الشركة كانت في عبدين بين ثلاثة فلا يصح فيها قرعة[5].

قال أشهب: فإن رجع الورثة بثمن العبد المستحق كان ثلثا ذلك الثمن وثلث العبد الباقي للمستحق منه، وثلث الثمن وثلثا العبد الباقي للذي العبد

(١) في (ق٦): (وعليه).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٦.
(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١٢/ ١٢٥.
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٣.
(٥) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٢١٦.

في يديه، فإن كان الثمن أكثر فالزائد بين الإخوة الثلاثة أثلاثاً، وعلى القول الآخر يكون العبد الباقي والثمن المرجوع به بين الإخوة الثلاثة أثلاثاً[١].

وإن كانت القسمة بالتراضي كان الجواب في نصفي[٢] العبدين الحي والميت على ما تقدم؛ لأنه لم يقع فيهما بيع وإنما تبايعا نصف أحدهما بنصف الآخر، فإذا استحق أحدهما كشف الغيب أن ما وقع عليه البيع من نصفيهما بينهما أثلاثاً، فيقول الذي في يديه الحي: اشتريت نصفاً وأنا أرى أنه للبائع مني فتبين أن ثلثه لي وثلثه للغائب وليس لبائعه إلا ثلثه وفيه يصح البيع، ويقول الذي مات في يديه العبد: اشتريت نصفاً وأنا أرى أنه للبائع مني، فتبين أن الذي للبائع ثلثه وثلثه للغائب وثلثه لي وإنما يصح البيع في ثلثيه، ولم يسلم عن هذين الثلثين إلا ثلثا وبقي عنده ثلثا لم يسلم عنه شيء، فيكون ذلك الثلث وثمن[٣] الحي الذي صح فيه البيع بين الأخوين نصفين، فيرجع الحاضر على من مات عنده بقيمة نصف الثلث بمنزلة من باع عرضاً بعرض، ولا شيء للغائب على من مات في يديه لأنه مستحق.

[فصل: في أخوين ورثا عبدين واقتسماهما ثم مات أحد العبدين وطرأ أخ]

وقال محمد في ميت ترك ولدين وعبدين فاقتسماهما قسمة، ثم مات أحد العبدين وطرأ أخ قال: القسمة باطل ويكون العبد الباقي بين ثلاثتهم كأن الميت لم يترك سواه، قال: ولو صار لكل واحد منهما عبد بشراء اشتراه من أخيه بثمن معلوم، أو من وصي أبيهما لكانت مصيبة نصف/ العبد الميت بين الإخوة ٣٣٩/ب (ف)
الثلاثة؛ لأنه لم يشتره والنصف الذي اشترى منه وحده، ثم يكون نصف العبد

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٢١٦، ٢١٧.
(٢) في (ق٧): (نصف).
(٣) قوله: (وثمن) ساقط من (ق٧).

الحي الذي لم يقع عليه شراء، والنصف الذي وقع عليه الشراء يكون الأخوان بالخيار في إنفاذ بيعهما منه. قال محمد: بل الطارئ وحده بالخيار في إنفاذ بيعه منه وهو السدس؛ فإن أنفذه رجع بثمنه على من قبضه(١).

قال الشيخ رحمه الله: قوله إذا كانت قسمة يكون العبد الباقي أثلاثاً هو أحد قولي مالك.

وعلى القول الآخر لا يكون لمن مات عبده (٢) فيه شيء ويكون ثلثاه لمن هو في يديه وثلثه للطارئ.

وإذا تبايعاهما فإنما وقع البيع في نصفيهما؛ فإن أخذ أحد الأخوين نصف العبد الذي في يديه بثلاثين وهو الحي منهما، وأخذ الآخر نصف العبد بخمسة عشر، كان نصف الحي شركة بين ثلاثتهم ومصيبة نصف الميت أيضاً من جميعهم، ويرجعان إلى ما وقعت فيه البياعات فيقول الذي في يديه الحي لأخيه الذي مات العبد في يديه بعتني نصفاً بثلاثين كشف الغيب أن الذي يملك منه الثلث وثلثاه لي وللغائب فَرُدَّ علي عشرة التي(٣) ينوب نصيبي وعشرة عن نصيب الطارئ فإن أجاز البيع كان لي نصيبه وأخذها وإن لم يجز كان نصيبه له وأخذتها(٤) ثم يرجعان إلى المقال في نصف الميت، فيقول الذي مات في يديه للذي باع منه بعتني نصفاً كشف الغيب أن ثلثه لي، فرد علي ثمنه وهو خمسة ويبقى ثلثاه يمضي فيهما البيع. ثلث هو نصيب من كان ولي البيع وثلث

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥، ١١/ ٢٥٤.
(٢) في (ق٧): (عنده).
(٣) في (ق٦، ق٢): (الذي).
(٤) في (ق٦): (وأخذ بها).

للطارئ وهو لا يختار إلا إجازة البيع؛ لأنه مات فالذي يصير لمن مات عبده سدس الحي وهو خمسة دنانير وللطارئ سدس العبد وخمسة دنانير ولمن في يديه العبد ثلث جميعه بميراثه عن أبيه وسدسه بشرائه من أخيه الذي مات العبد في يديه ويبقى سدس وهو نصيب الطارئ الذي بيع بعشرة دنانير وإن أجاز الطارئ البيع فيه أخذ العشرة وكان ذلك السدس لمن هو في يديه فيستكمل به ثلثي[1] العبد وإن لم يجز البيع كانت العشرة للذي في يديه العبد ويصير للطارئ ثلث العبد.

فصل
[في الجاريتين تستحق إحداهما بعد القسم]

ولو اقتسما جاريتين فأولداهما ثم استحقت إحداهما كان الجواب في المستحقة على ما تقدم في كتاب الاستحقاق.

ويختلف هل يعطي المستحق قيمتها يوم حملت، أو قيمة الأم والولد يوم الحكم، أو يأخذ الأم وقيمة الولد؟

وقال ابن القاسم: يأخذ قيمتها إلا أن يكون عليه في ذلك ضرر[2]، يريد: أن يكون علقها فهو أحق بماله، ويعود المقال بين الأخوين في الجارية التي لم تستحق، فإن كانت القسمة بالتراضي أو بالقرعة على القول أنها بيع يكون على من هي في يديه نصف قيمتها يوم قاسم.

واختلف بعد القول أنها تمييز حق، فقال ابن القاسم: يوم قاسم، وقال

(١) في (ق٦): (ثلث).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٣.

سحنون: يوم حملت[١]، يريد: إذا كان موسراً ويختلف إذا كان معسراً فعلى قول[٢] ابن عبدوس في العبد يعتق أنه يكون على الأخ نصف قيمته يوم التقويم[٣]، ويكون للشريك أن يأخذ نصف الأمة ويتبع بنصف قيمة الولد؛ لأنه أنزله في العتق بمنزلة المستحق ويكون له نصفه في العتق[٤] على أصله إذا كان معسراً وكذلك الأمة، وهو قياد قوله في الدار يقتسمانها ثم يستحق ما بيد أحدهما وقد بنى الآخر؛ أنه يرجع على أخيه كما يرجع المستحق ويأخذ نصفه من القاعة، ويدفع قيمة البناء ولم يراع ما كان من تسليط المقاسمة.

* * *

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٥.

(٢) في (ق٧): (فقال).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤٤.

(٤) في (ق٦): (المعتق).

باب
في قسمة الطريق والجدار والبئر والمأجل[١] والحمام والدار الصغيرة

وإذا اقتسم الشريكان داراً وأبقيا الطريق شركة بينهما، ثم دعا أحدهما إلى القسمة أو مقاواته لم يكن ذلك؛ لأن قسمته فساد وقد رضيا ببقائه بينهما، إلا أن يكون واسعاً إن قسم صار لكل واحد منهما طريق على المعتاد لمثل الدار فيقسم.

واختلف في قسمة الجدار يكون بين الدارين، فقال ابن القاسم: يقسم إذا لم يكن في ذلك ضرر[٢].

وقال أشهب في مدونته: لا يقسم؛ لأن في قسمته ضرراً على من أبى وليس منه شيء إلا وله فيه مرفق[٣] يضع فيه خشبة ويضرب فيه وتده ويربط إليه دابته[٤].

قال ابن القاسم: وإن كان لكل واحد منهما عليه جذوع[٥] تقاوياه ولم يقسم[٦]، وليس هذا بالبين؛ لأن الحمل الذي عليه لا يمنع القسم كما لا يمنع

---

(١) المَأْجَلُ: بفتح الجيم مُسْتنقَع الماء، والجمع المآجل، والمأْجَل شبه حوض واسع يُؤَجَّل: أَي يجمع فيه الماء إِذا كان قليلاً، ثم يُفَجَّر إلى المَشارات والمَزْرَعة والآبار. انظر: لسان العرب: ج ١١/ ١١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٩٧.

(٣) في (ق٦): (حق).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٥.

(٥) في (ق٦، ف): (جذع).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٥، ولفظه فيها: (وإن كان لهذا عليه جُذُوعٌ ولهذا عليه جُذوعٌ لم يُقسم. قال ابن القاسم: وليتقاوياه).

قسمة العلو والسفل وحمل العلو على السفل. وأرى أن يقسم طائفتين على أن من صارت إليه طائفة كانت له وللآخر عليه الحمل.

وقد أجاز ابن القاسم المقاواة، وإنما تصح المقاواة على أن من صار إليه الحائط كان ملكه له وللآخر عليه الحمل، وإذا جازت المقاواة على هذه الصفة كانت القسمة[1] أولى، وصفة القسمة فيه إذا كان جارياً من المشرق إلى المغرب أن يأخذ أحدهما طائفة تلي المشرق، والآخر طائفة تلي المغرب/ وليست القسمة (ف) ٣٤٠/أ
أن يأخذ أحدهما مما يلي[2] القبلة والآخر مما يلي الجوف؛ لأن ذلك ليس بقسمة؛ لأن كل ما يضعه أحدهما عليه من خشب فثقله ومضرته على جميع الحائط، وليس يختص الثقل والضرر بما يليه، إلا أن يريد أن يقتسما الأعلى مثل أن يكون أرضه شبرين فيبني كل واحد منهما على أعلاه[3] شبراً مما يليه لنفسه، ويكون ذلك قسمة للأعلى وجملة الحائط على الشركة الأولى، أو يكونا أرادا قسمته بعد انهدامه فيقسمان أرضه ويأخذ كل واحد منهما نصفه مما يليه.

وأما البئر فلا يصح قسمتها ولا مقاواتها؛ لأنها مرتفق لهما ولكل واحد إليها ضرورة ولا يستغني الساكن عنها، وكذلك المأجل لا يقسم ولا يتقاوياه إلا أن يكون واسعاً فإن ضرب بينهما حائط صار[4] لكل واحد منهما ما ينتفع به، قال أشهب: إن قسمت الدار وترك المأْجَل فلا يقسم وإن لم تقسم الدار

(١) في (ق٧): (المقاسمة).

(٢) في (ق٧): (طائفة).

(٣) في (ق٦): (علاه).

(٤) قوله: (صار) ساقط من (ق٦).

قسم مع قسم الدار[١]، يريد: وإن كان يصير المأجل في إحدى الطائفتين ويسقط حظ الآخر منه ولم ير في ذلك ضرراً إذا اعتدلت القيمة.

واختلف قول مالك في قسمة الحمّام، وأن لا يقسم أحسن ولو رضي الشريكان لمنعهما السلطان لحق الله تعالى ونهيه عن إضاعة المال. وكذلك اختلف قوله[٢] في الدار الصغيرة فقال مالك وابن القاسم: تقسم وإن صار لكل واحد ما لا ينتفع به لقول الله ﷻ: ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء:٧][٣]، ثم قال سبحانه: ﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [النساء:٨]، وقال أيضاً ابن القاسم[٤]: لا تقسم لقول النبي ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»[٥]؛ ولهذا يرجع قوله في الساحة أنها لا تقسم إلا أن يصير لكل واحد ما ينتفع به؛ لأن الفساد الذي يلحق من خراب البناء أشد من ضيق الساحة[٦]، وقال مطرف في كتاب ابن حبيب إذا كان لا يصير لكل واحد منهما[٧] ما ينتفع به لم يقسم وإن كان يصير لكل واحد منهما ما ينتفع به دون الآخرين قسمت[٨].

قال الشيخ ﷺ[٩]: إذا كان يريد بالقسم أن بعضهم ينتفع بنصيبه فيعطاه ويبقى الآخرون على الشركة ـ فحسن يجمع نصيبهم ويصير الآخرون كأهل

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٥.

(٢) قوله: (قوله) ساقط من (ق٦).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٩، والنوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٥.

(٤) قوله: (ابن القاسم) ساقط من (ق٧).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٤. والحديث سبق تخريجه، ص: ١٣٧٠.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢١، ٢٢٢.

(٧) قوله: (منهما) ساقط من (ق٦).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٢.

(٩) قوله: (قال الشيخ ﷺ) في (ق٦): (قلت).

سهم، وإن كان يريد أنه يقسم عليهم فيعطون ما لا ينتفعون به فليس بحسن، وهذا الاختلاف إذا كانت الدار ميراثاً أو للقنية، وإن كانت للتجارة لم تقسم قولاً واحداً؛ لأن فيه نقصاً للثمن وهو خلاف ما دخلا عليه، وتقسم الساحة مع البيوت إذا كان يصير لكل واحد من الساحة ما ينتفع به لحوائجه ومدخله ومخرجه، وإن كان يصير له ما لا ينتفع به عاد الخلاف المتقدم في قسمة الدار إذا كان متى قسمت لم يصر له ما ينتفع به، وكذلك إذا قسمت البيوت دون الساحة، ثم دعا أحدهم إلى قسمتها فيختلف في ذلك حسب ما تقدم.

وقال مالك: الارتفاق بالساحة سواء فإن كان يصير لأحدهم طريقه فقط، وللآخرين ما ينتفعون[(١)] به لم يقسم[(٢)].

وقال محمد: الانتفاع على قدر عدد البيوت ولم يراع إن كان أحدهم كبيراً والآخر صغيراً[(٣)]، وكل هذا إنما يصح إذا كانت القيم في حين القسمة على ذلك يحط القليل النصيب من البناء بقدر ما يزاد من الساحة؛ لأن الأصل في الساحة أن الشركة فيها قبل القسم على مثل الأجزاء في البيوت، فلو كانت دار بين ثلاثة: لواحد النصف ولآخر الثلث وللآخر السدس وقيمتها مائة وعشرون لأعطي صاحب النصف من البيوت والساحة ما قيمته ستون، والآخر ما قيمته أربعون والثالث ما قيمته عشرون، ولو أعطي هذا نصف المساكن والآخر ثلثها والآخر سدسها وجعلت الساحة بينهم أثلاثاً؛ لكان في ذلك ظلم على صاحب النصف، وتصير قيمة النصف دون الستين والسدس

(١) في (ق٦): (ينتفع).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٣١٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٢.

من فوق العشرين، وإذا قسمت البيوت ثم قسمت الساحة؛ فإنها تقسم بالتراضي ويعطى كل واحد نصيبه أمام بيته ولا تقسم بالقرعة؛ لأنه قد يقع نصيب أحدهم عند الآخر، وقال مالك: إذا كانت الساحة واسعة ولم يكن للبيوت حجر قسمت ويحجر[١] كل واحد على نصيبه وإن لم يكن حجراً لم تقسم وبقيت مناخاً[٢] لإبلهم ومرفقاً لهم. وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: لا تقسم مع البيوت وإن لم يكن لها حجر[٣]، والأول أحسن، ولا وجه لهذا أن يكون ملكاً بين شركاء يمنعون من قسمته، وإنما قال ذلك مالك فيما وقف بعد التحجير. وقال: إن[٤] الشركاء يقصدون وقفه كالحبس، وما لم يتقدم فيه قسم فلا يقال ذلك فيه، ولو قال ذلك فيما قسمت بموته لو[٥] لم يحجر عليه لكان له وجه أن يكونوا وقفوه عن قسمتهم ليبقى مرفقها مشاعاً، فأما إن لم تقسم البيوت فلا يمنعون من قسمتها مع قسمة البيوت، والصواب أن يقسم ويجعل كل واحد/ تحجيراً يستر[٦] به عن صاحبه ولا يجوز الرضا بغير تحجير؛ لأن فيه (ف) ٣٤٠/ب
كشفة لحريمهم في تصرفهم ودخول بعضهم على بعض.

وإذا سكن أحدهم خارجاً عن الدار كان له أن ينتفع بالساحة إذا لم يسكن نصيبه غيره.

---

(١) في (ق٧): (وبحجر).
(٢) في (ق٦): (مبادلة).
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٢.
(٤) قوله: (وقال: إن) في (ق٦): (إن كان).
(٥) في (ق٧): (و).
(٦) قوله: (كل واحد تحجيراً يستر) في (ق٦): (لكل واحد حجر يستتر).

فصل
[في الانتفاع بمرافق ما يقسم من الدور]

وقال ابن القاسم: إذا قسمت الدار فأخذ أحدهم العلو والآخر السفل؛ كان لصاحب العلو أن ينتفع بساحة السفل[١]، وهذه العادة عندهم، والعادة اليوم[٢] أن صاحب السفل لا يختص بالساحة، وعلى مثل ذلك تكون القيم، ويقوم سقف السفل مع السفل[٣]، وإن فسد منه شيء كان إصلاحه على صاحب السفل، فأما ما فسد من أجل تصرف صاحب العلو فإن إصلاحه عليه دون صاحب السفل.

وأما خشب الأجنحة فلصاحب العلو إلا أن تكون ممدودة إلى سقف صاحب السفل ينتفع[٤] بها كإحدى خشبه[٥]، فيكون ما كان خارجاً منها لصاحب العلو وما كان داخلاً لصاحب السفل، وهذا إذا كان الملك لواحد فباع أحدهما دون الآخر، وأما إن كان مشتري العلو أحدث تلك الخشب فإن جميعها له.

وإن كان لصاحب العلو خشب يصعد عليها إلى علوه ويبني عليها درجاً أو كانت سطحاً له ـ كان خشبها له، وإن كانت مجنبة للسفل كان خشبها لصاحب السفل.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٣١٢.

(٢) قوله: (اليوم) ساقط من (ق٦).

(٣) قوله: (مع السفل) ساقط من (ق٧).

(٤) قوله: (إلا أن تكون ممدودة إلى سقف صاحب السفل ينتفع) في (ق٧): (وما كان داخلا لصاحب السفل فينتفع).

(٥) قوله: (كإحدى خشبه) في (ق٦): (كأخذ خشبة).

فصل
[فيما يلزم صاحب السفل عند انهدام البيت]

واختلف إذا انهدمت الدار وكان سفلها لرجل وعلوها لآخر فقال ابن القاسم: يخير صاحب السفل بين أن يبنيه أو يبيعه ممن يبنيه[1].

وقال سحنون: إنما يجوز البيع على هذا للضرر إذا كان البائع لا مال له ولو كان له مال لم يجز البيع بشرط البناء[2]، يريد: ويجبر على أن يبني، وقال القاضي أبو الحسن علي بن القصار: يجبر صاحب السفل على البناء إلا أن يختار صاحب العلو أن يبنيه من ماله، ويمنع صاحب السفل من الانتفاع به حتى يعطيه ما أنفق.

وأرى أن يخير صاحب السفل بين أن يبني أو يبيع ممن يبني[3] أو يمكن صاحب العلو من البناء إذا رضي له بذلك، ثم يكونان شريكين في السفل هذا بقيمة كراء القاعة، والآخر بقيمة كراء البناء إلا أن يعطيه بعد ذلك قيمة البناء قائماً يوم أخذه.

وإن كان سبب الانهدام وهاء العلو، وكان صاحب السفل حاضراً عالماً ولم يتكلم على ذلك لم يضمنه.

واختلف إذا كان صاحب السفل غائباً وكان وهاء العلو مما لا يخفى سقوطه هل يضمن أم لا يضمن؛ لأنه لم يقدم إليه والأول أحسن، وإن قدم إليه فلم يفعل ضمن قولاً واحداً وكذلك إذا كان سبب الانهدام وهاء السفل

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٣١٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٠٦.

(٣) قوله: (ممن يبني) ساقط من (ق٧).

وصاحب العلو حاضر ولم يقدم أو كان غائباً.

واختلف إذا وهى السفل على من تعليق العلو حتى يصلح السفل، هل ذلك على صاحب العلو أو على صاحب السفل؟ والذي أستحسن أن يكون على صاحب العلو؛ لأن البيع[1] فيهما كان على السلامة وعلى أن حمل العلو على بناء بعينه، والمالكان لا يعلمان ما توجبه الأحكام عند فساد ذلك البناء، فإذا رث ذلك المعين لم يكن عليه أن يحمله على خشب وإنما عليه أن يخلفه جديداً حتى يحمل عليه وما كان بين ذلك فلم يدخلا عليه.

* * *

(١) في (ق٦): (التبايع).

باب
في الحكم في(١) الطريق وفي صفة القرعة

وإذا اقتسما داراً على أن يبقى الطريق شركة بينهما، أو يكون ملكاً لأحدهما وللآخر الطريق أو يفتح الآخر في نصيبه باباً جاز، وسواء كانت القسمة بالتراضي أو بالقرعة؛ لأن الأغراض في ذلك لا تتباين، ولا أرى أن يجبر على أن يبقى الطريق عند أحدهما؛ لأن ذلك ضرر(٢) عليه وهو مما تعظم مضرته، وإذا كان لأحدهما التطرق إلى الآخر حط من نصيبه لمكان(٣) تطرقه ذلك؛ لأن فيه عيباً على من عنده التطرق(٤) فإن كان يفتح باباً في نصيبه زيد له في نصيبه ذلك لمكان رفع عيب التطرق(٥) عن صاحبه ولما يتكلف من الإنفاق في الفتح وفي شراء الباب حتى يعتدلا في القيمة(٦)، وإن كان الباب الذي يفتح أحدهما يصير إلى محلة أخرى هي أدنى أو أشرف، قُوِّم ذلك النصيب على ما يكون من قيمة الديار بتلك المحلة التي يفتح إليها، فإن كانت أبخس زِيدَ في نصيبه بقدر ذلك البخس، وإن لم يكن لأحدهما مكان يفتح فيه لم يجز القسم بالقرعة ولا بالتراضي إلا على بقاء الطريق، وإن اقتسما ولم يذكرا رفع الطريق ولا بقاءه فإن كان بين النصيبين كان باقياً على الشركة.

---

(١) قوله: (في) زيادة من (ف).

(٢) في (ق٧) و(ف): (عيب).

(٣) في (ق٦): (ما كان).

(٤) في (ق٦): (الطريق).

(٥) في (ق٧، ق٢): (التطريق).

(٦) في (ق٦): (القسمة).

واختلف إذا صار[١] الباب في حظ أحدهما، فقال ابن القاسم: الطريق[٢] شركة على حاله حتى يشترط رفعه[٣]، وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: تنقض القسمة وتعاد على معرفة وكذلك مجرى الماء إذا صار في نصيب أحدهما، وهذا أبين إذا لم يفهم أحدهما عن الآخر رفعه ولا بقاءه؛ إلا أن يكون لأحدهما دليل رفعه أو بقائه، فإن لم يكن لمن ليس عنده الباب / موضع يفتح فيه كان دليلاً على (ف) ٣٤١/أ
بقائه، وإن شرطا أن يضربا حائطاً بين النصيبين مادّاً[٤] إلى خارج كان دليلاً على رفعه، فإن كان له موضع يفتح فيه وإلا كانت القسمة فاسدة.

فصل
[في قسمة السهام]

وإن خلف الميت زوجة وابناً وداراً وكانت تحمل القسم قسمت أثماناً وكتبت رقعتان بأسمائهما، واستحب أن يختم عليها بطين ثم يرميا على الطرفين، فإن رميت إحداهما على طرف أغنى عن رمي الأخرى، فإن كانت التي خرجت اسم الزوجة أخذت ذلك الثمن وكان البقية للابن، وإن كانت باسم الابن أخذت الزوجة الثمن من الطرف الآخر وكانت البقية للابن.

واختلف إذا كان الولد عدداً، فقال مالك مرة: هم كأهل سهم واحد فيكون القسم كالأول، يقسم أثماناً فما صار للزوجة أخذته وما صار للأولاد استأنفوا قسمه إن كان ينقسم أو باعوه إن لم يحمل القسم.

---

(١) في (ق٦): (كان).

(٢) في (ق٦): (الطريق).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٣١٨.

(٤) في (ق٦): (هذا).

وقال أيضاً: كل واحد صاحب سهم فيقسم على أقلهم، ورأى ابن القاسم أنهم ليسوا كأهل سهم وأجاز أن يتراضوا على أن يجتمعوا، ويضرب لهم سهم واحد للاختلاف في ذلك(١).

وإن كانت زوجة وأخ أو(٢) ابن عم كان كالولد الواحد.

ويختلف إذا كانوا عدداً هل هم كأهل سهم واحد فيقسم أرباعاً أو على أقلهم سهماً، والصواب في الولد والإخوة والأعمام أنهم كأهل سهم؛ لأن الذي(٣) لهم الباقي بعد السهمين(٤).

وإن كن أربع زوجات ضرب لهن بسهم واحد قولاً واحداً، وإن كان الذي له ولد فبالثمن وإن لم يكن فبالربع، وإن كن زوجات وجدات وعصبة كتب ثلاث رقاع إحداهن باسم الزوجات، والأخرى باسم الجدات والأخرى باسم العصبة وختم عليها وخلطت، فإن اتفقوا على أن يبدأ بالضرب على أحد الطرفين؛ وإلا أقرعوا على الطرف الذي يبدأ به، فإن خرج قسم الزوجات أخذنه ثم قسمنه بينهن إن كان ينقسم، فإن خرج كان سهم الجدات أولاً أكمل لهن مما يليهن سدساً، وإن خرج(٥) سهم البنين أو العصبة أكمل لهم عليه سبعة عشر سهماً.

وإن كن زوجات وجدات وبنات وعاصباً فأقلهم سهماً العاصب؛ لأن له

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢١٧.

(٢) قوله: (أخ أو) ساقط من (ق٦).

(٣) في (ق٦): (الذين).

(٤) في (ق٦): (السهمان).

(٥) في (ق٧): (جمع).

سهما من أربعة وعشرين، فيقسم على أربعة وعشرين إن كانت تنقسم وإلا لم يقسم، واستحسن إذا كان ينقسم أثلاثاً ولا ينقسم ذلك الثلث على البقية أن يقسم، فيأخذ البنات أنصباءهن وتبقى الشركة فيما لا يحمل القسم، والجواب في هذا بخلافه إذا كان القسم على جميعهم إلا العاصب؛ لأن كل واحد من الورثة يقول: أنا آخذ نصيبي بانفراده ويبقى العاصب معك، فإذا دفع كل واحد عن نفسه ولم يكن أحق بانفراده من الآخر بقيت الشركة على حالها، وإن رضي أحدهم ببقائه معهم جاز وقسمت الدار، واستحسن إذا لم يرض أحدهم أن يقترعوا على من يبقى شريكاً له؛ فمن وقع سهمه معه قسم وضرب لهما بسهم.

وإن اجتمع لأحدهم أسهم من وجوه شتى: من ميراث بعد ميراث، أو ميراث وشراء من بعض الورثة، أو من ملك تقدم قبل الميراث أو ميراث وهبة ـ أن[1] من حقه أن يجمع له كل ذلك في موضع واحد ويضرب له عليه بسهم، فإن كثر السهام وتشاحوا في أي الطرفين يبتدأ به أقرع على أيهما يبتدأ به، فإن أوقع على طرف ابتدئ بالقسم عليه[2]، فإن أخذه أحد الورثة زال سهمه وعاد ما يليه كأنه طرف، فإن اختلفوا أيضاً أقرع عليه وعلى الطرف الآخر هكذا حتى لا يبقى إلا سهمان فيقسمان من غير قرعة؛ لأن الضرب على أحدهما ضرب على الآخر[3].

---

(١) في (ق٧): (كان).

(٢) قوله: (عليه) ساقط من (ق٧).

(٣) انتهى كتاب القسم في (ق٦) و(ق٧).

باب[١]

في الشريك أو الجار يحدث باباً أو يحدث حانوتاً أو يجعل الجار داره مسجداً أو حماماً أو فندقاً أو فرناً

وقال ابن القاسم في الشريكين في دار يريد أحدهما أن يفتح باباً لدار له أخرى: فإن كان الحائط الذي فيه شركة منع. قال: وإن كان له خاصة لم يمنع وينتفع له بالتطرق إلى دار الشريك، فإن أراد الشريك القسمة؛ قسم على أنه إن صار الباب الآخر سد وإن أراد البيع سد ثم بيع؛ لأنه كونه عيب في ثمن الدار[٢].

واختلف في هذا الأصل، هل يباع ذلك في حين لا يضر، فإذا أضر منع ولم يمنع الآن خيفة أن يطول الأمر وينسى كيف كان فيدعى بعد ذلك أنه حق له؟ والذي يقتضيه حال الناس اليوم المنع، وقد يكون شريراً أو ملكاً فلذلك أبعد في الشر عليه وهو في الرجل الصالح أخف، والمنع أحسن؛ لأن الأمر يطول والموت يحدث ولا يدرى كيف الحال مع ورثته، واختلف في الذي يحدث طاقاً يسترها؛ فقيل: لا يمنع، وقيل: يمنع؛ لأنها تتعين ويحتاج إلى منازعة في إعادة/ السترة وهذا أحسن. (ف) ٣٤١/ب

وإن أراد المقاسمة وقال: صاحب المنفردة أعطني ما يقابل داري لم يكن ذلك له؛ وإنما يقرع بينهما فإن صار ذلك له وإلا لم يكن له، فقال: فإن كان زقاق غير نافذ ولرجل هناك باب فأراد أن يحوله، فقال ابن القاسم: ليس له أن يحدث ذلك حذاء باب جاره أو قربه؛ لأنه يقول: كنت في سترة وأقرب

---

(١) هذا الباب مثبت من نسخة (ف)

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٣١٦، والبيان والتحصيل: ٩/ ٤٠٣، والنوادر والزيادات: ١١/ ٤٤.

لحمولتي إلى جاري[١].

قال الشيخ رضي الله عنه: وذلك إذا كانت ضيقة، وإن كانت واسعة لم يكن عليه أن يبعد عنه وإنما عليه أن ينكب عنه لئلا يكشف، وله أن يجعل ظلة إذا كانت لا تضر بالضوء متى أحدث من يقابله ظلة مثل ذلك، ويبقى ما لا يضر وليس لمن ليس له في تلك الرائغة[٢] باب أن يحدث عندهم باباً، ولا يحدث عندهم ظلمة إذا كان له عندهم حائط، وأهل الرائغة أحق بقاعتها وسمائها ولو أرادوا أن يضيفوها إلى ديارهم لم يمنعوا من ذلك، وإذا كانت سكة نافذة لم يمنع من إحداث باب.

واختلف هل عليه أن ينكب، فقال ابن القاسم: ليس ذلك عليه، وقال سحنون: عليه أن ينكب من ذراع أو ذراعين[٣]، وأن ينكب أحسن، وليس ضرر الباب كضرر المارة؛ لأن المار لا يواجه الباب؛ وإنما يكون في الغالب جنب الباب والذي يقابل يواجه الموضع من يخرج من عنده ويجزئه من ذلك ما يرفع الكشفة وإن قل، والمعتبر من الكشفة القدر الذي يفتح من البابين؛ لأن فتح المصراعين لا يحتاج إليه إلا في النادر.

واختلف في إحداث الحانوت هل يكون بخلاف الدار فيمنع في مثل لو كان باب دار؟ لم يمنع[٤] والمنع أحسن؛ لأنه مجلس ثابت وربما جلس عنده غيره، ويشق على مَنْ في الدار خروجهم ودخولهم، وكذلك الرجل يراعون جميع حاله وتجره وعيشه إلا أن يحدث في موضع فيه حوانيت؛ فلا يمنع إذا لم يقابل الباب حتى

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٣١٥، ٣١٦، والبيان والتحصيل: ٩/ ٤٠٣، والنوادر والزيادات: ١١/ ٤٤.

(٢) رائِغةٍ: أَي طريقٍ يَعْدِلُ ويَمِيلُ عن الطريقِ الأَعْظَمِ. انظر: لسان العرب: ٨/ ٤٣٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٤٥.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٩/ ٤٠٣، والنوادر والزيادات: ١١/ ٤٥.

يكشف مَنْ في الدار أو سقيفته إن فتح الباب ويمنع من إحداث فندق؛ لأن الناس يجلسون على بابه، ومن إحداث فرن لمضرة الدواب التي توقف ببابه وقربه، والعمال الذين يقعدون ويبيتون في الصيف هناك. والحمّام في هذا خفيف، هذا إذا كان الموضع متسعاً ولا يصل منه الدخان وإلا منع.

وإذا كان بالموضع حمَّام فأراد صاحبه أن يجعل مكانه فرناً مُنع لمضرة الدواب والخدمة، وإن كان فرناً كان له أن يجعله حماماً بندى في حق من يقابله إلا مقال من أجل الكشفة فإن كان الدخان الأول يصل إلى ما يقابل، سئل أهل المعرفة هل المضرتان سواء أو الثاني أضر؟ وأما في حق من يجانبه فإن له أن يمنع أن يجعل أحدهما مكان الآخر؛ لأن المضرة مختلفة فالحمَّام يضر بالبناء الذي يلاصقه بالبخار(١) والندى، والغالب أن يفسده ويشق، والفرن يضر هذا الرحاء إلا أن يجعله لحريق الخبز دون الطحين، وكذلك لو كان يخبز الخبز وحده لم يجعل رحى وإن كان الطحين لم يجعله لحريق الخبز وإن كان رحى بلدية لم يجعله رحى فارسية، وإن كانت فارسية لم يجعل مكانها بلدية والفارسية أضر من البلدية في حين الطحين؛ لأنها تهز الحيطان والبلدية أضر في حين طرحها للإصلاح أو غيره؛ لأن لها حدة ووجْبة وهدة.

وإن أحدث مسجداً لم يكن مقال لمن عن يمينه وشماله وأما الديار التي تقابله فلها مقال؛ لأن الناس يجلسون على دكاكينه وصحنه ولا يمنع إذا كان المقابل له فندقاً أو حمَّاماً.

تم كتاب القسم والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

---

(١) في (ف): (بالفخار).

كتاب الوديعة

النسخ المقابل عليها:

١ـ (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

٢ـ (ق٦) = نسخة القرويين رقم (٣٦٨)

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد
وآله وصحبه وسلم(١)

كتاب الوديعة

باب
في الإيداع
وهل يضمن إذا ضاعت الوديعة(٢)؟ وما يعد به مفرطاً، ومن أودع فأودع غيره

الإيداع جائزٌ لقول الله ﷻ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [سورة النساء آية: ٥٨]، وقوله: ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضًا...﴾ الآية [سورة البقرة: ٢٨٣]، ولقول النبي ﷺ: «أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ»(٣).

ولا يؤتمن غير مأمون؛ لأن ذلك من إضاعة المال، وقد قال النبي ﷺ «إِنَّ اللهَ نَهَى عَنْ إِضَاعَةِ المَالِ». أخرجه البخاري ومسلم(٤)، ولأن ذلك يؤدي إلى

---

(١) قوله: (بسم الله... وآله وصحبه وسلم) ساقط من (ق٦).

(٢) قوله: (الوديعة) ساقط من (ق٦).

(٣) حسن: أخرجه أبو داود: ٣/ ٣١٢، في باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، برقم (٣٥٣٤)، والترمذي: ٣/ ٥٦٤، في كتاب البيوع، برقم (١٢٦٤).

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٨٤٨، في باب من رد أمر السفيه والضعيف العقل وإن لم يكن حجر عليه الإمام، من كتاب الخصومات، برقم (٢٢٧٧)، ومسلم: ٣/ ١٣٤٠، في باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة والنهي عن منع وهات وهو الامتناع من أداء =

الاختلاف والجحود والشنآن واليمين الكاذبة، ولا تودع الحرم لغير ذي محرم إلا أن يكون مأموناً له أهل؛ لقول النبي ﷺ: «**لَا يَخْلُوَنَّ رَجَلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ/ مَحْرَمٌ**»[1]. وأجاز مالك لمن ادعى أمةً إذا أقام شاهداً أو أقام لطخاً (ف) ٣٤٢/أ
ووضع القيمة أن يسافر بها إذا كان مأموناً، ومنعه أصبغ، والمنع أصوب للحديث: «**لا يخلُوَنَّ**» ولأن الخوف عليها من المدعي أشد؛ لأنه يقول: هي أَمَتي وحلال لي، فهو يستبيحها إذا غاب عليها.

فصل
[في ضمان الوديعة]

ومن المدونة قال ابن القاسم فيمن أودع وديعة فجعلها في بيته أو في صندوقه فضاعت: فلا ضمان عليه، وإن دفعها إلى زوجته أو خادمه لترفعها في بيته فلا ضمان، وهذا مما لا بد للناس منه، وقال أيضاً: إذا كانتا اللتين ترفعان له فلا ضمان عليه[2].

وقال أشهب: إن استودعها عبده أو خادمه أو أجيره ممن هو في عياله أو غير عياله ضمن، وإن وضعها في بيته أو صندوقه أو غير ذلك من بيته أو بيت غيره ولم يأمنه عليها وَيُخَلى بينه وبينها لم يضمن[3].

= حق لزمه أو طلب ما لا يستحقه، من كتاب الأقضية، برقم (١٧١٥)، ولفظ البخاري: «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع وهات. وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال».

(١) سبق تخريجه، ص: ٨٢٣.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٣٠.

قال الشيخ ﷺ: إن وضعها في بيته أو جعلها في صندوقه ولم يقفل عليها، وكان لا يتصرف له[١] أحد، أو له أهل لا يخافهم عليها لم يضمن، وإن كان يخافهم ضمن إلا أن يقفل عليها، وإن كان عَهِدَ منهم الخيانة بعد القفل ضمن، وإن قفل، وإن شرط صاحبها أن يقفل عليها فلم يفعل ضمن، وإن لم يكن له أهل أو كانوا مأمونين.

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا قال: اجعلها في تابوتك ولا تقفل عليها، ففعل فسرقت ضمن؛ لأن السارق إذا رأى التابوت مقفلاً كان أطمع، ولو قال له[٢]: اقفل عليها قفلاً واحداً، فقفل عليها قفلين لم يضمن[٣].

قال الشيخ ﷺ: السارق يقصد التابوت وإن لم يكن عليه قفل؛ لأنه يعلم أنه[٤] مما يرفع فيه فلم يكن لزيادة الأطماع وجه كما لم يكن إذا[٥] قفل بقفلين.

قال: ولو قال له: اجعلها في قدر فخار، فجعلها في سطل ضمن، ولو قال له: اجعلها في سطل، فجعلها في قدر فخار لم يضمن[٦]. يريد: لأنه خالف إلى ما لا يقصد سرقته، والأول خالف إلى ما يقصد سرقته في نفسه وهو السطل، ولو قال له: اجعلها في هذا السطل، فجعلها في مثله لم يضمن، ولو لقيه في غير بيته فقال له: اجعلها في وسطك فجعلها في كمه أو جيبه ضمن. ولو قال له: اجعلها في كمك فجعلها في وسطه أو في عمامته لم يضمن. ولو قال: اجعلها في

---

(١) في (ق٦): (إليه).

(٢) قوله: (له) ساقط من (ق٦).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٣١.

(٤) قوله: (يعلم أنه) زيادة من (ق٦).

(٥) قوله: (لم يكن إذا) يقابله في (ق٦): (لو).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٣١.

عمامتك فجعلها في وسطه لم يضمن. ولو لم يشترط حيث يجعلها فجعلها في كمه أو في عمامته لم يضمن. وفي جعلها في الجيب نظر.

وقال ابن وهب في العتبية: إن دفعت إليه وهو في المسجد أو في مجلس فجعلها على نعله فذهبت[١] لم يضمن[٢]. يريد: إذا جعلها هناك بحضرته أو بعد أن غاب وكانت الوديعة ثياباً أو دراهم كثيرة مما الشأن ألا يجعل في كمه إلا عند القيام، وإن كانت صرة دنانير ضمن؛ لأنه فرط، ولو أخذ نعله فنثرها ناسياً ضمن.

ويختلف إذا قام ونسيها، فقال ابن حبيب: يضمن[٣]، ويجري فيها قول آخر ألا ضمان عليه[٤] قياساً على المودع مائة دينار فيدعيها رجلان وينسى أيهما أودعه، أو اشترى ثوبين من رجلين بالخيار فاختلطا ولم يدر لمن الجيد منهما، فاختلف هل يضمن لهما أو لا يكون عليه شيء؟ وأن يعذر بالنسيان أبين؛ لأنه لا يعد بالنسيان مفرطاً.

وقال ابن الماجشون فيمن أودع وديعة فأراد أن يأخذ ماله فأخطأ فأخذ الوديعة: هو ضامن، وهذا أصوب؛ لأن هذا أخطأ بفعل والأول بنسيان بغير فعل، وكذلك الذي نسي فنثرها من نعله ضمن بالفعل ليس بمجرد النسيان.

❊ ❊ ❊

(١) قوله: (فذهبت) زيادة من (ق٦).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٢٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٣٠.

(٤) قوله: (عليه) زيادة من (ق٦).

فصل

ومن أودع وديعة فقد جعل النظر فيها إليه، فإن أخرجها عن نظره إلى نظر غيره ضمن إلا أن تكون هناك عادة أو عذر خوف عورة بيته أو سفر، فأما الزوجة فلا بأس أن يدفعها إليها لترفعها أو لتكون وديعة عندها، وهذا الشأن ألا يصون الرجل[1] ماله عن زوجته إلا أن يعلم منها خيانة إلا أنه لا يرفع نظره وتفقده، وكذلك أم ولده إذا علم منها الأمانة.

وقال ابن القاسم: إذا دفعها إلى خادمه لترفعها له لم يضمن[2]. وقال أشهب: إن أودعها خادمه ضمن وليس دفع ذلك إلى خادمه أو أجيره الذي علم منه الأمانة والخير ليبلغاها البيت أو تكون في البيت فيقول لهما اجعلاها: في المخزن أو في التابوت مما يضمن به.

وإذا خاف المودع عورة منزله أو جار سوء، وكان ذلك أمراً حدث بعد الإيداع جاز له أن يودعها ولا ضمان عليه، وإن كان ذلك الخوف متقدماً قبل الإيداع والمودع عالماً لم يكن له أن يودعها، فإن فعل ضمن وإن كان صاحبها غير عالم ضمنها، وسواء ضاعت عنده أو عند غيره إلا أن يكون ضياعها عنده لم يكن من السبب الذي يخاف منه، وقد يحمل قول ابن القاسم في قوله "يودعها إذا/ خاف عورة بيته" أن الوديعة ثياب أو عروض، ولو كانت دنانير (ف) ٣٤٢/ب
وما أشبه ذلك مما يكنز[3] في الأرض، ولا يخاف ممن يخاف منه أن يضطره

(١) في (ق٦): (الإنسان).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٣.

(٣) في (ق٦): (يكتم).

لإخراجها لم يكن له أن يودعها، وإن حدث له سفر جاز أن يودعها، فإذا ثبت الإيداع والوجه الذي أوجب ذلك وهو خوف موضعه أو السفر برئ المودع.

قال ابن القاسم: ويصدق أنه أودعها زوجته وأنه أودعها[1] لهذه الوجوه وإن لم تقم بينة، ولا يصدق أنه خاف موضعه أو أراد سفراً فأودعها لذلك.

وقال مالك فيمن اكترى دابة فلما قدم قال: أودعتها لأنها وقفت عليَّ - فإنه يصدق.

وعلى هذا يصدق في الوديعة أنه أودعها لخوف موضعه أو لأنه سافر إذا خفي أمره ولم يعلم هل سافر أم لا، وهو في الوديعة أبين؛ لأنه لا يتهم أحد أن يخرج الوديعة لنفسه[2] عن يده لغير عذر.

ومحمل قول ابن القاسم أنه يصدق إذا ثبت الخوف والسفر في الإيداع على أن المودع يصدقه في قبضها، ويقول: إنها ضاعت، فأما إن كذبه وقال: لم يدفع إلي شيئاً، لم يصدق على أصله في كل من أمر أن يدفع إلى غير اليد التي دفعت إليه إلا ببينة.

وقول عبد الملك: يصدق. وبه أرى أن يقضى اليوم؛ لأن الشأن دفع الودائع من غير بينة.

ولو أراد من كان بيده وديعة أو بضاعة أو قراض أن يدفعه إلى من يبلغه لصاحبه ويُشهد عليه لم يقبل منه أحد. وأما الزوجة فلا خلاف أنه ليس عليه أن يُشهد عليها.

---

(١) قوله: (زوجته وأنه أودعها) ساقط من (ق٦).

(٢) في (ف): (يخرج الوديعة لنفسه).

ومن أودع وديعة وهو في سفر لم يجز له أن يودعها. وقال ابن القاسم وأشهب: إلا أن يضطره لصوص فيسلمها لمن يرجو نجاته بها فلا يضمن(١).

ومجمل ذلك على أن الذي تسلم إليه لا يخشى خيانته فيها ولو طرحها عنه عندما غشيه لصوص، ثم لم يجدها لم يضمن، فإذا كان الإيداع في الإقامة فأودعها عند حدوث السفر ثم عاد من سفره، فإن كان سفره ليعود كان عليه أن يأخذها ويحفظها؛ لأنه التزم حفظها حتى يأتي صاحبها فلا يسقط عنه إلا القدر الذي سافره. وإن كان سفره على وجه الانتقال، ثم عاد كان له أن يأخذها وليس ذلك بواجب عليه.

وقال في المودع ينتقل بالوديعة: إنه ضامن(٢)، ولو كان في قرية ولم يجد ثقة يضعها(٣) عنده أو خشي عليها إن تركها فخرج بها لم يضمن.

وقال فيمن حضرته الوفاة فأودع ماله فخرج به المودَع ليدفعه لورثته فضاع: إنه ضامن(٤).

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: للقاضي أن يدفعه لورثته إن كان بلدهم بعيداً ولا يبعثها إن كان قريباً، فإن فعل لم يضمن، قال(٥): بخلاف الوصي عليها يبعث بها فتضيع فإنه ضامن، وأجاز ذلك للقاضي؛ لأن الغالب من الورثة الرغبة في وصول المال إليهم.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٣٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٣٠.

(٣) في (ق٦): (يودعها).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٤.

(٥) قوله: (قال) زيادة من (ق٦).

وقال مالك في كتاب الوصايا الأول من كتاب محمد فيمن مات في السفر وترك دنانير أو متاعاً، فيريد أوصياؤه أن يتسلفوا الدنانير حتى يردوها(١) إلى الورثة: فأما البز والمتاع فيباع؛ لأن له مؤنة وحمله من هناك يشق. يريد: إن مات في غير بلده فكان حمله ونقله ضرورة، وقال في المبضع معه(٢) يمر بالبلدة فتحدث له الإقامة: لا بأس أن يبعث بها إلى من بعثه إليه ولم يلزمه التمادي بها(٣)؛ لأنه لم يكن القصد من حاملها التمادي بها خاصة، وأجاز له أن يبعثها؛ لأن ذلك كان غرض صاحبها، وقد كان الصواب أن يرفع الأمر إلى قاضي الموضع كما قال أصبغ فيكون هو الناظر فيمن يبعث بها معه، وكذلك المودَع يحدث له سفر ويخاف عورة منزله، والوصي يحدث له سفر -أجيز لهم أن يقيموا لها من رأوه من غير مطالعة حاكم. والصواب أن يكون الحاكم الناظر لأربابها، وقد يكون استخف ذلك لفساد القضاة.

قال محمد في العبد يكون وصيّاً على أيتام فيبيعه سيده، أو يريد السفر: أن الأمر فيمن يكون مقامه للسلطان، وهذا القول يمضي(٤) على الخلاف المتقدم في جميع هذه المسائل؛ لأن بيع العبد والسفر به بمنزلة سفر الوصي الحر لا فرق بينهما.

وعلى قول مالك يكون للعبد أن يقيم من رآه مكانه من غير مطالعة حاكم.

---

(١) في (ق٦): (يدفعوها).

(٢) في (ف): (منه).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٨/ ١٢٤.

(٤) في (ق٦): (القيد يقضي).

باب
في المودَع يخلط الوديعة بغيرها أو يخلطها غيره وهل يتسلفها أو يخرجها من ذمته بعد أن يتسلفها؟/ (ف) ٣٤٣/أ

وإن خلط الوديعة وهي دنانير أو دراهم بمثلها أو بغيرها مما يتميز منها لم يكن متعدياً ولا ضمان عليه إن ضاعت(١).

وقال ابن الماجشون في المبسوط: إذا كانت الأولى كثيرة فخلطها بدراهم قليلة لم يضمن، وإن خلطها بمال عظيم(٢) حتى أشهرها ضمن، وهذا يحسن إذا كانت في موضع لا يظن ذلك فيه، فأمَّا إذا كانت في تابوت أو صندوق لم يضمن؛ لأن السارق يقصد التماس الدنانير والدراهم من مثل ذلك لما كانت العادة أن يرفع فيها. وإن أودع قمحاً أو شعيراً فخلطه بدونه ضمن. ويختلف إذا خلطه بمثله فأجاز ذلك في المدونة ولم يره متعديا(٣).

وقال عبد الملك في ثمانية أبي زيد: هو ضامن ورأى أنه مما تختلف فيه الأغراض، فقد يكون عند المودَع أنهما سواء ويرى غيره أن الوديعة أفضل، فليس للمودَع أن يحكم لنفسه أنه مثله.

وقد منع ابن القاسم في كتاب الرهن الشريك من مقاسمة المرتهن في الطعام حتى يكون السلطان هو الذي يقاسمه(٤)، وقسمة الصبرة الواحدة

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٤.

(٢) قوله: (بمال عظيم) يقابله في (ق٦): (بدراهم كثيرة).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٤.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ١٣٤.

أخف في اختلاف الأغراض فيما يقع في القسمة من الاختلاف من خلط الطعامين ومعلوم من الناس كراهية ذلك أن يخلط قمحه أو شعيره أو زيته وغيره.

وإذا كان المودَع غير مأمون كان أبين أن يكون ضامناً له؛ لأنه يتهم أن يجد لنفسه ويخلطه بدونه.

وإذا خلط الدراهم أو الطعام بمثله ثم ضاع بعض[(1)] ذلك كانا شريكين في الباقي على قدر ما لكل واحد منهما، ويتفق في هذا مالك وابن القاسم[(2)]؛ لأنهما كانا شريكين قبل الضياع بوجه جائز، وإذا صحت الشركة كان الضياع بمنزلة لو كان صاحب الوديعة هو المشارك له فيها، وقد تقدم في كتاب تضمين الصناع ذكر الدينار يختلط في غيره أنه لو نظر إلى ذلك الذي اختلط فيها قبل الضياع فلم يوجد، ثم ضاع منها شيء كانا شريكين في جميعها على قدر ما لكل واحد منهما على القولين جميعاً.

فصل
[فيمن استودع قمحاً وشعيراً فخلطهما]

وإن كان عند رجل وديعتان: قمح وشعير، فخلطهما -ضمن لكل واحدٍ منهما ما خلط له، فإن اختارا رفع العدِّ أو أن يأخذاه مخلوطاً ويكونان شريكين فيه -جاز ذلك عند ابن القاسم وأشهب ومنعه سحنون[(3)].

---

(1) في (ف): (بعد).

(2) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٥.

(3) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢٠.

واختلف بعد القول بجواز ذلك في صفة الشركة؛ فقال ابن القاسم: على القيمة. يريد: قيمة القمح معيباً والشعير غير معيب، ولم يجز أن يقتسماه على ذلك. وروى عنه أبو زيد أنه قال: وإنما يقتسمان الثمن[(١)].

قال في المدونة: ولو قال لصاحبه: أنا أغرم لك مثل حنطتك أو شعيرك وأخذه كله لم يجز[(٢)].

وقال أشهب في مدونته: يكونان شريكين على السواء لا على القيم، إذاً يكون القمح بالشعير[(٣)] متفاضلاً، ألا ترى لو أن رجلين قالا: اخلط شعيري بقمحك لتكون شركة على القيم لم يجز، وإن قال أحدهما لصاحبه: أنا أغرم لك مثل قمحك أو شعيرك وآخذ هذا كله، جاز ذلك على وجه التراضي، وليس ذلك كله[(٤)] له في وجه القضاء، وهذا نص قوله: ولو ضمن أحدهما التعدي، وقال أحدهما[(٥)]: أنا أبقى على الشركة، جاز ذلك على قول أشهب إذا كان الذي ضمن هو صاحب الشعير[(٦)]؛ لأن صاحب القمح يكون شريكاً بقفيز قمح معيب، سواء[(٧)] كان الذي ضمن صاحب القمح -لم يكن لصاحب الشعير أن يشارك بالنصف؛ لأنه يأخذ أفضل[(٨)] من حقه إلا أن يرضى بذلك التعدي.

---

(١) انظر: النوادروالزيادات: ١٠/ ٣٢٢.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٥.

(٣) في (ف): (بالشعير بالطعام).

(٤) قوله: (كله) ساقط من (ق٦).

(٥) في (ق٦): (الآخر).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٢١.

(٧) في (ق٦): (ولو).

(٨) في (ف): (أكثر).

وعلى قول ابن القاسم: يجوز أيهما ضمن؛ لأن الشركة على القيم وعليه[١] يقتسمان الثمن، فجعله ابن القاسم إذا رفعا العد بمنزلة ما لو اختلطا بأمر من الله تعالى، وكأنهما لم يختارا تضمينه قط ويصير بمنزلة ما لو خلطهما ريح أو دابة مشت عليه، فخلطته فالشركة على القيم يباع ويقتسمان الثمن على القيم القمح معيب والشعير غير معيب، ولا تجوز قسمته على القيم؛ لأنه ربا فلو كان لكل واحد منهما قفيز وقيمة القمح معيباً ديناران وقيمة الشعير دينار غير معيب، فلو اقتسماه على القيم أخذ صاحب القمح قفيزاً وثلثاً والآخر ثلثي قفيز، وإذا كان كذلك كان نصف ما في يد صاحب القمح شعيرًا، وهو ثلثا قفيز أخذه عن ثلث قفيز قمح، وذلك ربا، وإنما يجوز أن يبقى بينهما على أن لهذا فيه[٢] قمحه ولهذا شعيره، ثم يباع فيأخذ كل واحد منهما ثمن شيئه.

ولو سقط ثوب في صبغ صباغ وقيمة الثوب ديناران والصبغ دينار كان بالخيار بين أن يكون بينهما شركة على ذلك الثلث والثلثين، أو يبقى على أن يكون كل واحد منهما باقٍ على ملكه[٣]، فإذا باعاه قسما الثمن[٤] على قدر قيمته يوم البيع، وإن نقص الصبغ/ يوم بيع أو نزل سوق الثوب كانا شريكين على قدر قيمتهما يوم البيع. (ف) ٣٤٣/ب

وذهب أشهب في الطعامين أنهما لما ملكا التضمين إنما يأخذان ذلك عن الواجب في ذمة المتعدي، فلا يجوز إلا على التساوي بمنزلة ما لو كان لهما ذلك في ذمته من غير تعدٍّ فأخذاه عن الواجب في الذمة، فلا يجوز إلا على التساوي،

---

(١) قوله: (القيم وعليه) يقابله في (ف): (القمح وعليهما).

(٢) قوله: (فيه) زيادة من (ق٦).

(٣) في (ف): (ذلك).

(٤) قوله: (الثمن) ساقط من (ف).

وإن أرادا قسمته جاز؛ لأن بيع نصف قفيز قمح بنصف قفيز شعير جائز، ولم يجبر أحدهما على أن يسلم جميعه ويأخذ مثل نصيبه فيكون قد بيع عليه ملكه بمثله جبراً.

وأمَّا سحنون فله في منع رفع العداء ثلاثة أوجه؛ أحدها: أن يكون ذلك صار كالفائت وأن ما لهما سالم في الذمة فليس لهما أن يجبراه على أخذ هذا كما قال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن صبغ ثوباً متعدياً أن ليس لصاحبه أن يأخذه، وليس له إلا القيمة أو يكونا رفعا الضمان للشركة ليتجرا بثمنه في المستقبل، فمنع ذلك، وإن كانت الشركة في هذا على المساواة؛ لأنه يؤدي إلى التفاضل ويكونان بمنزلة من أخرج قفيز قمح وقفيز شعير ليتجر بثمنهما في المستقبل فيفسد، وإن دخلا على المساواة لموضع التمادي أو يكونان رفعا العداء ليقتسماه على القيمة.

فصل
[في تسلف المودع الوديعة فقيراً كان أو موسراً]

وليس للمودع أن يتسلف الوديعة إذا كان فقيراً.

ويختلف إذا كان موسراً والوديعة دنانير أو دراهم، وليس له ذلك إذا كانت عروضاً أو مما يقضى فيه بالقيمة، ولا مما يكال أو يوزن إذا كان مما[1] يكثر اختلافه، ولا كان يتحصل أمثاله كالكتان.

واختلف في القمح والشعير وما أشبهه هل يلحق في الجواز بالدنانير والدراهم؟ فأمَّا الدنانير والدراهم فاختلف فيها على ثلاثة أقوال: فمنع ذلك

---

(١) قوله: (مما) زيادة من (ق٦).

مالك في كتاب اللقطة، وكره ذلك في العتبية، ثم أجازه إذا أشهد على سلفها وقال: وقد أجازه بعض الناس.

وقال عبد الملك: إن كانت مربوطة أو مختومة لم يجز، وإن كانت بغير رباط ولا ختم جاز.

وأرى أن ينظر إلى المودع؛ فإن كان يعلم منه أنه لا يكره ذلك فيما بينه وبين المودع لأمانته أو لكرم طبعه جاز، وإن كان يعلم منه الكراهية لم يجز؛ لأنه لو جحد ذلك عليه حين الدفع أو قال: أُحرم[1] عليك أن تتسلفها، لم يختلف أنه ممنوع من الانتفاع بها، وإذا أشكل أمره كره ذلك.

وأمَّا القمح والشعير والزيت وأشباه ذلك فظاهر قول ابن القاسم في المدونة: إنه إن تسلفها مضت على وجه السلف؛ لأنه أجاز إذا تسلفها أن يخرج المثل من ذمته كالدراهم، فلو كانت عنده مما تختلف فيه الأغراض كالعروض لم يصح إخراج المثل من الذمة ولم يجز السلف، وهو قول عبد الملك أنه ضامن إذا خلطها كالعروض؛ فلا يجوز على هذا تسلفها.

وقال محمد فيمن استودع حنطة فباعها لنفسه: كان لصاحبها أن يأخذ الثمن إن شاء؛ فلم يجز السلف، وهو أحسن.

ولا أرى لأحد اليوم أن يتسلف شيئاً من ذلك؛ لأن المعهود من الناس أنهم لا يرضون ذلك ولا يحل التصرف في ملك إنسان بغير إذنه[2].

* * *

---

(١) في (ق٦): (أحرج).

(٢) في (ق٦): (رضاه).

فصل
[في المودع يتسلف الوديعة ثم يخرجها من ذمته إلى أمانته]

اختلف في المودع يتسلف الوديعة وهي دنانير أو دراهم ثم يخرجها من ذمته إلى أمانته.

فرأى مالك وابن القاسم في المدونة: أن ذلك له، قال محمد: فإن ضاعت بعد ذلك فلا شيء عليه.

وقال يحيى بن عمر: قال مالك قد صارت ديناً في ذمته ولا يبرأ إلا بردها إلى ربها، قال: وهو قول أهل المدينة(١)، وقال ابن الماجشون: إن كانت مربوطة أو مختومة لم يبرأ إلا بردها إلى ربها، وإن تسلف بعضها ضمن جميعها؛ لأنه متعد في حلها، ولو أشهد على إخراجها من ذمته لم يبرأ إلا بردها إلى ربها.

وأرى أن يبرأ بردها، ويصدق أنه ردها إذا لم يكن أشهد على تسليفه إياها، وإن كان أشهد برئ إذا ردها ببينة، إلا أن يكون قصد بالإشهاد خوف الموت لحق المودع فيبرأ وإن لم يشهد على ردها.

وقال أبو إسحاق بن شعبان: إذا أذن له صاحبها أن يتسلفها لم يبرأ إلا بردها إليه(٢)، ولا يختلف في هذا؛ لأن السلف من المالك وصارت كسائر الديون، فلا تخرج من الذمة إلا بالأداء للمسلف(٣).

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٣٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٣٤.

(٣) قوله: (بالأداء للمسلف) يقابله في (ق٦): (بإذن).

وقال ابن القاسم: إذا أخذها المودع على غير وجه السلف ثم ردها برئ، ومحمل قوله على أن ذلك لم يعلم أنه قصد أكلها وأنه ردها إلا من قوله، فلا يؤخذ بغير ما أقر به، ولو علم تعديه عليها قبل ردها لم يبرأ إلا بردها إلى صاحبها، وسواء أشهد على ردها أم لا؛ لأنه أخرج نفسه من الأمانة فأخذها على غير وجه السلف.

وقال محمد فيمن استودع دابة فركبها، أو ثوباً فلبسه؛ ثم ادعى أن ذلك هلك بعد نزوله ونزعه[1]: فإن شهدت بينة بركوبه ولباسه لم يصدق، وإن لم يعلم ذلك إلا من إقراره صدق، وفي كتاب ابن سحنون: أنه/ لا يصدق، ورأى أنه مقر بالعداء مدع لدفع العداء[2]. والأول أبين؛ إلا أن يرى أنه قال ذلك لما يخاف أن يكون تشهد عليه بينة؛ لأنها عاينت ذلك. (ف) ٣٤٤/أ

فصل
[هل للمودع أن يخرج الوديعة من ذمته إذا تسلفها وكانت عيناً؟]

للمودع أن يخرج الوديعة[3] من ذمته إذا تسلفها[4] وكانت عيناً، وليس له ذلك إذا كانت عرضاً، وسواء وقف القيمة أو المثل، فإن وقف القيمة قال: المودع لم آمنك على قيمة، وإن وقف المثل قال: قد كان لي ألا أجيز سلفا وآخذك بالقيمة.

---

(١) في (ف): (ونزوعه).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٣٥.

(٣) في (ف): (الأمانة).

(٤) في (ف): (تسلمها).

وأجاز ذلك له في المدونة إذا كانت الوديعة مما يقضى فيها بالمثل كالقمح والشعير وما أشبه ذلك، وليس بالبين؛ لأن الدنانير لا تختلف فيها الأغراض وهذه تختلف فيها الأغراض، وليس له أن يحكم لنفسه أنه مثل الأول، إلا أن تشهد بينة على صفة الأول وعلى رده وأنه مثل الأول؛ فقد يستخف مثل هذا.

❊ ❊ ❊

باب
فيمن بعث معه بمال فقال: أوصلته ولم أجد المبعوث إليه فرددته، فكذبه المبعوث إليه أو ربه

وإن قال: ادفع هذا المال لفلان من دين له عليَّ أو هبة أو صدقة أو ليصرفه[(١)] عني؛ فقال بعد ذلك: قد فعلت، وقال الآخر: لم تدفع إليَّ شيئاً، فإن كان المبعوث معه أخذه على أن لا يشهد على الدفع -كان القول قوله مع يمينه، وإن كان المال من دين[(٢)] حلفا جميعاً -الرسول والمبعوث إليه- ورجع بالدين، وإن كان هبة أو صدقة حلف الرسول وسقطت الهبة والصدقة.

واختلف إذا أخذ المال ولم يشترط ذلك على ثلاثة أقوال:

فقال ابن القاسم: إن لم يقم الرسول بينة بالدفع غرم[(٣)].

وقال ابن كنانة في كتاب المدنيين: إذا كان الدين يسيراً مثل الثوب والطعام وما لا يؤخذ بمثله براءة -كان القول قول المبعوث معه مع يمينه، وإن كان كثيراً مما يؤخذ بمثله البراءة ضمن إذا لم يشهد.

وقال ابن الماجشون: القول قول الرسول مع يمينه ولم يفرق بين قليل ولا كثير. وقال في الدين: إن قال: ادفعه لفلان من دين له عليَّ قبل قوله. وإن قال: اقض عني الدين لم يبرأ إلا ببينة، وهذا أحسن مع عدم العادة؛ لأنه لا يختلف أنه أمين في حين كونه في يده، وفي حين التسليم القول قوله أنه فعل ما ائتمن عليه، وقد قيل في قول الله ﷻ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾

---

(١) في (ف): (ليصدقه).

(٢) قوله: (المال من دين) يقابله في (ف): (الدين من مال).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٤.

[سورة النساء آية: ٦] أن ذلك لرفع التنازع، وليس لأنه لا يقبل قوله كما قال: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [سورة البقرة آية: ٢٨٢] إلا أن تكون العادة الإشهاد فلا يبرأ إلا بذلك(١).

وقال ابن القاسم: إذا قال: ادفعه ليكون وديعة عنده أو ليفرقه على المساكين؛ فقال: قد فعلت، وقال الآخر: لم يوصل إليَّ شيء -حلف وغرم الرسول، وإن قال: أوصله وفرقته على المساكين -صدق وبرئ الرسول.

واختلف إذا قال: أوصله وضاع قبل أن أفرقه، هل يصدق ويبرأ الرسول أم لا؟ وقوله أنه مصدق أحسن؛ لأن الإشهاد خوف جحود المبعوث إليه، فإذا لم يجحده لم يضره ترك الإشهاد، فكذلك ينبغي أن يكون الجواب في الوكيل على قبض الدين إذا صدقه أن يبرأ، وإن كان اختلاف الرسول مع(٢) الباعث، فقال: لم أجد المبعوث إليه فرددت المال إليك وأنكره الباعث -كان القول قول الرسول إذا أقبضه بغير بينة، والقول قول الباعث إذا أسلمه ببينة وكان الإشهاد خوف جحوده، وإن كان القصد بالإشهاد أنه صدقة أو هبة لفلان أو ليفرقه على المساكين -كان القول قول الرسول في رده؛ لأن هذه شهادة على الباعث أنه بتل ذلك لفلان أو للمساكين.

ومن بعث بنفقة إلى زوجته فقال الرسول: دفعتها إليها وكذبته(٣) لم يقبل قوله عند ابن القاسم إذا حلفت وضمن إلا أن يقيم بينة بالدفع، وقال ابن الماجشون في المبسوط: القول قول الرسول مع يمينه ويبرأ، وقال ابن القاسم في

---

(١) في (ق٦): (بمثل ذلك).

(٢) في (ف): (و).

(٣) قوله: (وكذبته) ساقط من (ق٦).

المدونة فيمن كانت عنده وديعة، فقدم المودع فطلبها منه، فقال: أنفقتها على أهلك وولدك وصدقه أهله وولده: إنه ضامن ولا ينفعه إقرارهم، إلا أن يقيم بينة على ذلك فيبرأ إذا كان يشبه ما أنفق ولم يكن صاحب الوديعة يبعث بالنفقة(١).

ومحمل قوله على أن الزوج ادعى أنه خلف النفقة أو بعث بها ولم تستعد(٢) الزوجة في غيبته، فكان القول قوله مع يمينه أنه خلف أو بعث، ثم يكون له الرجوع على زوجته إن أحب أن يرجع عليها، ثم لا رجوع لها على المودع، أو يرجع على المودع، ولا رجوع للمودع عليها إذا قال نعلم أنه كاذب لم يبعث ولم يخلف.

واختلف إذا كان لا علم عنده هل صدقته(٣) أم لا؟ هل يرجع عليها؟ فروى ابن وهب/ عن مالك: أن القول قول الزوجة أنها أنفقت من عندها إذا كانت ذكرت ذلك وشكت في مغيبه، وإن لم تستعد فعلى هذا يكون القول قولها مع يمينها أنه لم يخلف ولا بعث وتحاسب بما أخذت من الوديعة، إلا أن يثبت الزوج أنه خلف أو بعث فيكون له أن يرجع على المودع إن أحب؛ لأنه لم يدفع بقضية من سلطان وقد كان الوجه ألا يدفع بقولها(٤) حتى يكشف السلطان ويحلفها. (ف) ٣٤٤/ب

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٤٣.

(٢) في (ف): (تسترع).

(٣) في (ق٦): (صدقت).

(٤) في (ق٦): (بقولهم).

فصل
[فيمن أودع مالا وجارية وادعى إنفاق الوديعة عليها]

ومن أُودع مالاً وجارية، فقال: أنفقت الوديعة على الجارية، فقال المودِع: كنت خلفت عندك النفقة لها -كان القول قول المودَع مع يمينه أنه لم يقبض إلا الجارية بلا نفقة.

وقال في المدونة فيمن رفع إلى السلطان في دابة في يده أنها وديعة من سنة وأنه أنفق عليها من عنده وأراد أن تباع له في النفقة: أن ذلك له إن ثبت تاريخ الإيداع. يريد بعد أن يحلف أنه لم يخلف لها نفقة، وعلى هذا الوجه(١) لو خالفه(٢) ربها وقال: خلفت النفقة -لكان القول قول المودع، ولو قال في الجارية: خلفت النفقة عندها و(٣) قالت: كنت أنفق على نفسي من عندي - لكان القول قولها، وإن قال في الدابة: إنها وديعة من سنة ولم يثبت ذلك لم يقبل قوله؛ لإمكان أن تكون من شهر، وكثير ما ينزل مثل(٤) هذا في الفنادق ؛ يغيب المكتري؛ فيقول المكري: عنده كراء سنة أو أكثر. يريد: أن يباع له(٥) من مال الغائب بقدر ذلك، فليس ذلك له إلا أن يثبت مدة الغيبة.

* * *

(١) قوله: (الوجه) ساقط من (ق٦).

(٢) في (ف): (خالف).

(٣) في (ف): (عنده أو).

(٤) قوله: (مثل) ساقط من (ق٦).

(٥) قوله: (له) زيادة من (ق٦).

باب
فيمن بعث بمال ثم مات المبعوث إليه أو الباعث أو الرسول

وإذا قدم الرسول فوجد المبعوث إليه قد مات، فإن علم الرسول أنه من دين دفعه إلى ورثته، وكذلك إذا مات الباعث دفعها إلى المبعوث، وإن كان هبة أو صدقة لم يدفعه، وسواء مات الباعث أو المبعوث إليه.

قال ابن نافع: لأنه قد كان لصاحبها أن يرجع فيها.

وإن كان أشهد بذلك المال كان الإشهاد على ثلاثة أوجه:

- فإن أشهد أنه بتله لفلان وجعل هذا الحائز له صحت العطية، وسواء مات الباعث أو المبعوث إليه، فإن مات الباعث دفعها إلى المبعوث إليه، وإن مات المبعوث إليه دفعها إلى ورثته.

- وإن أشهد أنه بتلها لفلان ولم يجعل الرسول حائزاً له فمات المبعوث إليه أخذها ورثته.

واختلف إذا مات الباعث؛ فقال في كتاب الصدقة من المدونة: تمضي للمعطى له[1]. وهذا إنما يصح على القول أنها لا تفتقر إلى قبض وإنما تسقطها التهم. وقال ابن الماجشون في ثمانية أبي زيد: هي ميراث إلا أن يقول: حزها له.

- وإن كان الإشهاد على الرسول والتحفظ منه ليس على تبتيلها للمبعوث إليه كان بمنزلة من لم يشهد، فأيهما مات رجعت إلى ربها؛ لأن الإشهاد على التبتيل شهادة على المتصدق للمتصدق عليه، وبالتحفظ شهادة على الرسول،

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٦٨.

قال مالك في العتبية: وإن لم يدر الرسول لم بعثت ردها، فأجاز له ردها؛ لأن ذلك غرض الباعث، رد ماله إذا لم ينفذ فيما أراده، وإن بعث بالمال ليتصدق به المبعوث إليه على الباعث أو يكون عنده وديعة رد المال على أصل مالك، وسواء أشهد أو لم يشهد(١).

فصل
[فيمن بعث بمالٍ ثم مات الرسول في الطريق أو بعد الوصول وفقدت الوديعة]

واختلف إذا مات الرسول في الطريق أو بعد الوصول فلم توجد الوديعة، وقال المبعوث إليه: لم يصل إليَّ شيء، فقال مالك في المدونة: إن مات بعد أن وصل فلا ضمان عليه، وإن مات في الطريق فما أحرى أن تكون في ماله(٢).

وفي كتاب محمد عكس هذا، قال: إن مات قبل الوصول لم يضمن، وإن مات بعد الوصول ضمن.

وقال أشهب: يضمن مات قبل أو بعد. قال في مدونته(٣): لأنه لو كان حيّاً فقال: دفعتها لم يقبل قوله إلا ببينة، فوجه القول الأول؛ لأنه في الطريق مودع، وهو يقول في الوديعة إذا مات المودع ولم توجد الوديعة أنها في ماله وبعد الوصول وكيل على الدفع، ومحصوله أنه امتثل ما وكل عليه، وقد يخفى على ورثته من كان أشهد على دفعها فلا يضمن بالشك وليس كالحي يطلب بذلك فيعجز.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ١٩٧.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٧.

(٣) في (ف): (المدونة).

فأما تضمينه إذا مات في الطريق؛ فيحسن إذا كانت له إقامة بعد قبضها وكانت عيناً وكان مثله يتصرف في الوديعة، ولا يحسن إذا كان قبضه لها عند خروجه، أو ليلة مبيته أو كانت عروضاً وكانت له إقامة، وسواء مات في الطريق أو بعد الوصول، وليس الشأن أن يتسلف فوجب أن يبقى فيها على الأصل في الأمانات أنها ليست في الذمة.

ومن كانت قبله وديعة فذكر عند موته أنها في موضع كذا فلم توجد هناك -كانت/ مصيبتها من صاحبها لقول الميت: لم أتسلفها. واختلف إذا لم يذكر شيئاً حتى مات هل يكون ذلك في ذمته والوديعة ثلاثة: عرض، وعين، ومكيل وموزون؛ فيحمل العين بعد موت المودع على السلف، وفي العروض على التلف، وفي المكيل والموزون في الحاضرة على التلف، وفي البادية على السلف. (ف) ٣٤٥/أ

والودائع أمانات ومصيبتها من أربابها، إلا ما قام الدليل على تصرف المودع فيها؛ فالشأن في العين أنها مما تسرع يد المودع إليها في السلف ويرى مضرة على صاحبه فيه وأن مثله يقوم مقامه فحملوه على الغالب، وهو السلف دون النادر وهو الضياع، إلا من علم منه أنه لا يتسلف فيحمل على عادته إلا أن يعلم أنه نزل به ما يضطره إلى السلف.

وأما العرض فليس العادة تسليفه فيحمل عند عدمه على أنه تلف، إلا أن يعلم من مثل ذلك المودع الاستخفاف وقلة الأمانة فيكون في ذمته، وكذلك المخازن تودع بالحاضرة بالمكيل والموزون، فليس الشأن الافتيات عليها.

وأما أهل القرى فالشأن أن تسرع أيديهم إليه كالعين في الحاضرة، وإذا كان الحكم أن تكون الوديعة في الذمة فإنه يضرب بها مع الغرماء، وذهب بعض أهل العلم إلى أنه لا يضرب بها لما كان الضمان مختلفاً فيه وأنه إنما يضمن

بغلبة الظن من غير قطع، ولابن القاسم في كتاب الشركة نحو هذا، فقال في متفاوضين أودع أحدهما وديعة ثم مات قال: تكون في نصيبه دون شريكه لما كان أمره فيها مشكلاً، هل ضاعت أم لا،؟[(١)] ولو حمله على التصرف فيها لكانت في جميع المال؛ لأنه على أحد الأمرين؛ إما أن يكون تجر فيها فهي في جميع المال أو أنفقها فقد ترك عوضها في المال؛ لأنه لو لم ينفقها لأنفق من المال. وقال ابن القاسم في العتبية فيمن مات فوجد في تابوته كيس فيه مال مكتوب عليه لفلان ابن فلان، فإن كانت بخط الميت دفعت إلى من ذكر فيه وإلا لم تدفع إليه[(٢)]. وقال أصبغ: إن خط صاحب المال على الكيس ووجد في حرز مستودع قضي له به[(٣)]. وأرى أن يلزمه بتعريف ما فيه.

❊ ❊ ❊

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٢٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٥٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٥٣.

باب
في التداعي في الوديعة، وإذا ادعى المودع ردها أو تلفها أو أنكر الإيداع أو أقر وادعى التلف أو الرد و[1] تصادقا على الرد واختلفا هل ذلك عين[2] الوديعة أو غيرها؟

وإذا ادعى المودع تلف الوديعة كان القول قوله، وسواء أخذها ببينة أو بغير بينة.

واختلف في يمينه؛ فقيل: لا يمين عليه لأنها تهمة وهو أشبه، وقيل: يحلف إلا أن يكون عدلاً.

وقال في المبسوط: يحلف متهماً كان أو غير متهم[3]، ورأى أن الناس قد استحقوا التهم وتغير حالهم فجعل اليمين حماية إلا أن يتبين رجل بالصلاح والخير.

وإذا ادعى الرد وكان قبضه بغير بينة كان القول قوله في الرد ويحلف مأموناً كان أو غير مأمون[4]؛ لأن هذا يدعي عليه التحقيق أنه لم يرد، والأول يتهمه أن تكون ضاعت، إلا أن تطول المدة مما يعلم أن مثل المودع لا يستغني عنها فيه لما يعلم من قلة ذات يده، أو يمر[5] عليه عشر فتضعف اليمين إذا كان

(١) في (ق٦): (أو).

(٢) في (ق٦): (عن).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٤٢.

(٤) انظر: التفريع: ٢/ ٢٩٠، النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٤٢.

(٥) قوله: (أو يمر) يقابله في (ق٦): (أوتي).

المودع عدلاً، وإن كان القبض ببينة ليكون الرد ببينة لم يقبل قوله إلا ببينة، وإن كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته، أو قال المودع: أخاف أن تقول هي[1] سلف فأشهد لي أنها وديعة أو ما أشبه ذلك مما يعلم أنه لم يقصد التوثق من القابض فيكون القول قوله في ردها بغير بينة.

وإن أنكر الإيداع، فلما شهدت البينة باعترافه ادعى التلف أو الرد لم يصدق[2]. قال أشهب في مدونته: لا يصدق؛ لأنه خرج من حال الأمانة بالجحود[3].

واختلف إذا أنكر الإيداع، فلما شهدت عليه البينة أقام البينة بالرد، فقيل: لا تقبل بينته[4]؛ لأنه كذبها بقوله: ما أودعتني؛ لأن مضمون قوله لم تودعني أنه لم يكن رد؛ لأن من لم يودع لا يرد.

وكذلك إذا قال: ما اشتريت منك، فلما أقام عليه[5] البينة بالشراء أقام هو عليه بينة بالدفع.

وقد قيل: يقبل قوله في الموضعين جميعاً وهو أحسن؛ لأنه يقول: أردت أن أحلف ولا أتكلف بينة، وقد سقط قولي إني لم أودع ولم أشتر، وثبت أنه قد كان إيداع وبيع، ومن أودع أو اشترى يصح منه الرد والقضاء، وهذه البينة تشهد بذلك. وإن قال: أودعتني ألف درهم ثم قال: لم أقبضها منك لم يصدق.

(١) في (ق٦): (تحسب على).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٩٨.
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٩٨.
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٩٨.
(٥) قوله: (عليه) زيادة من (ق٦).

ولو قال: اشتريت منك ثوباً، ثم قال: لم أقبضه منك كان القول قوله مع يمينه؛ لأن الشراء يقع على العقد. وقوله أودعتني يتضمن القبض، وإذا لم يقبض فلم يودع، ولو قال: أعرتني/ ثوباً ألبسه أو دابة أركبها، ثم قال: لم (ف) ٣٤٥/ب
أقبض ذلك كان القول قوله مع يمينه؛ لأن قوله ذلك محتمل أن يكون قبض أو لم يقبض فلا يرد قوله بالشك، ولو قال: فلبسته أو ركبتها، ثم قال: لم أقبض ذلك لم يقبل قوله[(١)].

ولو قال: آجرتني[(٢)] ثوبك أو دابتك، ثم قال: لم أقبض ذلك كان القول قوله مع يمينه.

ولو قال: بعثت معي بمائة دينار أو أبضعت ذلك معي، ثم قال: لم أقبض ذلك لم يقبل قوله، وإن قال: أقرضتني أو قارضتني لم يقبل قوله.

واختلف إذا قال: أقرضتك وقال الآخر: أودعتني وقد ضاعت، وقال ابن القاسم: القول قول الدافع[(٣)]، وقال أشهب: القول قول القابض، وهذا هو الأصل؛ لأنه يقول: قبضت المال على أنه باق على ملكك؛ فكان أولى من قول من ادعى انتقال الملك.

وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن الإنسان لا يودع دنانيره ويخرجها عن بيته إلا لضرورة خوف مكان أو سلطان، فإن كان القابض ممن لا يودع في الغالب ويحتاج مثله إلى السلف كان أبين في قبول قول الدافع، وإن كان مثله يودع ونزل بالدافع بعض الأسباب التي توجب الإيداع كان القول قول القابض.

---

(١) قوله: (لم يقبل قوله) يقابله في (ف): (كان القول قوله مع يمينه).
(٢) في (ف): (أعرتني).
(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٩.

فإن قال: غصبتني، وقال الآخر: أودعتني كان القول قول القابض إلا أن يكون مثله لا يودع ويشبهه الغصب أو معروفاً به؛ فيكون القول قول المدعي للغصب ويغرمه المال، وإن كان مثله لا يودع ولا يغصب كان القول قول المدعى عليه؛ لأنه بريء الذمة فلا يغرم بالشك، وإن قال: أودعتني وقال الآخر: دفعتها إليك من القرض أو القراض الذي لك قبلي -كان القول قول الدافع.

وقال أشهب: إن كان القرض أو القراض بغير بينة كان القول قول الدافع، وإن كان الأصل ببينة كان القول قول القابض إلا أن يكون الرد ببينة.

قال ابن القاسم: فإن كان قبل الدافع ألفان أحدهما قرض والآخر وديعة؛ فقال القابض: قبضت التي هي وديعة فادفع إليَّ القرض، وقال الآخر: دفعت القرض وقد ضاعت الوديعة -كان القول قول الدافع[1]؛ لأنه مصدق في ذهاب الوديعة وتصير هذه المدفوعة هي الدين.

وقال أشهب: إذا كان الدفع الآن ببينة كان القول قول الدافع، وإن كان بغير بينة كان القول قول القابض، والأول أحسن؛ لأنه يصح أن يتداين ببينة ثم يقضي بغير بينة ليشهد بعد ذلك.

فصل
[في تسليم الوديعة بأمارة المودع أو بكتابه وهل تلزم بهما؟]

وليس على المودع أن يسلم الوديعة بأمارة المودع ولا بكتابه، وإن اعترف المودع أنه خطه إلا أن يثبت الرسول عند الحاكم أنه خط المودع، قال في كتاب

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٩.

محمد: لأن صاحب الحق لو كان حاضراً لم يجز له أخذها حتى يشهد له بما يبرأ به. يريد: لأن من حقه الإبراء، والإشهاد عند القبض لا يبرئه، إلا أن يعرف المودع أنه رضي لصاحبها تسليمها بذلك أو رضي الآن بتسليمها فيلزم ما رضي به، وإن رضي أن يدفعها إلى الرسول بغير أمارة ولا كتاب والوديعة عين والمودع موسر جاز رضاه وألزم ما ألزم نفسه من ذلك، فإن أنكره المودع أن يكون أرسله قام المودع بالمثل فلم يكن على صاحبها في ذلك ضرر إن قال: لم أبعث، وإن كانت عرضاً أو غير ذلك مما لا يُقضى على متلفه بالمثل أو عيناً والمودع معسراً لم يجز ورد رضاه؛ لأن في ذلك ضرراً على صاحبها إن قال: لم أبعث، إلا أن يكون الرسول ثقة مأموناً ممن يغلب على الظن صدقه، فيمكن من قبضها ويلزم الآخر ما رضي به.

وإن وقع الدفع بأمارة أو كتاب من غير ثبت أو بقول الرسول خاصة، ثم قدم المودع فأنكر أن يكون بعثه كان القول قوله مع يمينه أنه لم يبعثه ولا كتب، ثم يكون بالخيار بين أن يغرم الرسول أو المودع، فإن غرم الرسول لم يرجع بها على المودع(١).

واختلف إذا أغرمها المودع هل يرجع بها على الرسول، قال ابن القاسم في المدونة: إذا صدق الرسول ودفع إليه ثم قدم الغائب وأنكر وأغرم المودع - كان له أن يرجع بها على الرسول.

وقال أشهب في مدونته: لا يرجع بها، وقال محمد بن المواز: إذا دفع بالكتاب أو بأمارة ثم أنكر المودع وحلف ثم أغرم المودع كان له أن يرجع على القابض وعلى قول أشهب لا يرجع(٢).

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٤٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٤٩.

وإن قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان صدقة عليه وأنكر ذلك صاحبها وأن يكون أذن له في خروجها عن يده كان القول قوله مع يمينه ثم يغرمها أيهما أحب، وإن صدقه أنه أذن له أن يدفعها إليه وقال: لتكون عنده وديعة وقال الرسول: أذنت لي أن أدفعها إليه على وجه الصدقة عليه -كان القول قول ربها إذا كان الرسول غير عدل.

واختلف في جواز شهادته إذا كان عدلاً فأجازها ابن القاسم.

وقال أشهب في مدونته وعبد الملك في المبسوط: لا تجوز شهادته/ وأرى (ف) ٣٤٦/أ أن تجوز إذا كانت قائمة أو فائتة وهي عين والمبعوث إليه موسر؛ لأنه قد كان له أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها، ولا تجوز الشهادة[1] إذا كان فقيراً لو كانت عروضاً؛ لأن المبعوث إليه[2] ضامن لها؛ لأنه أتلفها بقوله ذلك، فإن رجع صاحبها على متلفها لم يرجع بها الغارم على الرسول.

واختلف إذا رجع بها صاحبها على الرسول، هل يرجع الرسول على من قبضها منه؛ فعلى قول أشهب لايرجع عليه[3]، وقال عبد الملك: يرجع[4].

وأرى الرجوع في هذه الأسئلة الأربعة مفترقاً:

- فيسقط رجوعه في كل موضع يعترف المودع أن القابض قبض بوجه

---

(١) قوله: (وأرى أن تجوز... ولا تجوز الشهادة) ساقط من (ق٦).

(٢) في (ف): (معه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٤٩.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٤٩، قال فيه: (قال ابن المواز في كتاب الإقرار: ولو جاءه بكتابه بأمارة يدفعها إليه وهو يعرف خطه ويعرف أمارته فدفع إليه وصدق كتابه فأنكر ربها فليحلف: أنه ما أمره ولا كتب بذلك إليه وأنه لا حق له عليه، ثم يغرم له الدافع، ثم يرجع بذلك على القابض فيه أولا).

صحيح، وأن المودع ظالم في إغرامه.

- ويرجع في كل موضع يكون من القابض على شك هل قبض بوجه صحيح أم لا؟

- فإذا كان دفعه بخط المودع أو بأمارة أو بقوله: ادفعها صدقة عليه لم يرجع.

- وإن كان دفعه بقول القابض أرسلني إليك رجع، لأنه يقول: حملت قولك على أنه يصدقك ولو علمت أن المودع يخالفك لم أدفع إليك.

فصل
[فيمن أُودع أمة فزوجها فحملت وولدت]

ومن أُودع أمة فزوجها فحملت وولدت ثم استبرأها، فإن أجاز النكاح سقط عنه حكم التعدي، وسواء فسخ النكاح لحقِّ الله ﷻ أو ثبت على أحد القولين، فإن لم يجزه فسخ قولاً واحداً، وكان للسيد المطالبة بالعيبين؛ عيب عادة الزوجية، وعيب الولادة، وإن تعالت من نفاسها سقط عيب الولادة، إلا أن تكون من العلي وينقصها عند المشترين عيب الولادة، وإن تعالت من النفاس فتكون له المطالبة بذلك، وقد سقط عيب عادة الزوج إذا كانت من العلي؛ لأن الشأن أنها تكتسب للوطء وليست كالوخش، ثم ينظر في العيب فإن كان يسيراً أو في الولد جبر للعيب لم يكن للسيد سوى أمته، وإن كان العيب كثيراً و في الولد جبر له كان السيد بالخيار بين أن يأخذ أمته وولدها ولا شيء له من قيمة العيب أو يضمن المودع قيمتها، وليس كذلك إذا اُشتريت فَزَوَّجَها فولدت، وكان في الولد جبر للعيب؛ فإنه يردها، رضي البائع أو سخط؛ لأنه زوَّج بوجه صحيح، ومن حقه إذا وجد عيباً أن يرد ويجبر البائع على قبولها وإن حدث بها عيب، ويغرم العيب أو يجبر بالولد إن كان هناك ولد

على قول مالك، والمودع متعد فلم يكن له أن يردها معيبة إذا كان العيب كثيراً إلا برضى المودع، وجعل له منها أن يجبر البيع بزيادة الجسم إذا حسن حالها وزادت؛ لأنها زادت بماله، ولا فرق بين زيادة الجسم وزيادة الولد، وإنما يراعى ألا يكون على الأول ضرر، فإذا عاد إلى يده مثل ما خرج منها ارتفع الضرر، وإن أتى المودع وهي حامل وكان عيب الحمل يسيراً أخذها وقيمة العيب، وإن كان كثيراً كان بالخيار بين أن يضمنه قيمتها أو يأخذها وما نقص العيب.

واختلف إذا ماتت من الولادة؛ فقال مالك: لا ضمان عليه، وقال ابن القاسم: هو ضامن[1] وهو أصوب؛ لأن التسليط على الوطء تسليط على الولادة، ويلزم على قول مالك إذا لم تمت ووجدها حاملاً أن يجبره على قبولها حاملاً ولا شيء له سواها وإن كانت وضعت.

وأمَّا ما قيل فيمن غر من أمة فزوجها وهو عالم فاستحقت بعد ما ولدت أن الزوج يرجع بالصداق ولا يرجع بما غرم في الولد، فإن ذلك حسن؛ لأن الولد بقي للأب ولم يؤخذ منه كما أخذت منه الزوجة.

فصل
[فيمن أودع وديعة وقد جحده المودع مثلها، هل يجحده؟]

واختلف فيمن أودع وديعة وقد جحده المودع مثلها، هل يجحده؟ فمنع ذلك مالك في المدونة، وقال ابن القاسم: ظننته أنه قال ذلك للحديث: «**أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**»[2].

---

(١) انظر: التهذيب في اختصار المدونة: ٤/ ٣٠١، ٣٠٢.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٤٥.

وروى عنه ابن وهب أنه قال: إذا علم أن على الجاحد دينا[(١)] إن قيم عليه لم يكن ذلك له[(٢)] في المحاصة، فلا يأخذه، وإن علم أنه لا دين عليه فلا بأس، ورواه ابن نافع وزاد: إذا أمن أن يحلف كاذباً فليأخذ قدر حقه.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا بأس أن يأخذ ذلك وإن كان عليه دين ما لم يفلس، وقال محمد بن المواز في كتاب الإقرار الأول: ومن غصب مني شيئاً ثم خفي لي أخذه بعينه أكنت آخذه؟ قال: ذلك جائز، قلت: فإن لم أجد الشيء بعينه وظفرت له بغيره من ماله، قال: لو أعلم أنه لا دين عليه يحيط بماله لم أر عليه شيئاً[(٣)].

والصواب أن له أن يجحده ما أودعه مكان حقه عليه؛ لقول الله ﷻ: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [سورة النحل آية: ١٢٦]؛ ولقول النبيِّ ﷺ لهند بنت عتبة، وقالت: إنه رجل مسيك، فهل عليَّ جناح أن آخذ من ماله؟ / فقال ﷺ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ»، وقد قيل في معنى الحديث: ولا تخن من خانك فتأخذ فوق حقك، وإن كان عليه غرماء جاز أن يحبس[(٤)] جميعها إذا كانوا عالمين بفلسه وتركوه يبيع ويشتري ويقضي، أو شكوا في حاله فتركوه، وإن كان ظاهره عندهم اليسر ولو علموا ضربوا على يده -جاز لهذا أن يحبس ما لا يشك أنه يصير له في المحاصة. وإن كانت الوديعة عرضاً جاز له[(٥)] أن يبيعها ويحبس الثمن مما له عليه. (ف) ٣٤٦/ب

---

(١) قوله: (إذا علم أن على الجاحد دينا) يقابله في (ف): (إذا لم يكن على الجاحد دين).

(٢) قوله: (له) زيادة من (ق٦).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٥٤، ٤٥٥.

(٤) في (ف): (يأخذ).

(٥) قوله: (له) ساقط من (ق٦).

واختلف هل يجحدها إذا كان يحلفه وفي صفة اليمين؟ فقال مالك: إنما يجوز له أن يجحده إذا أمن من أن يحلفه كاذباً. يريد أن المودع يقول له: احلف أني ما أودعتك، وقيل: يحلف ما أودعتني شيئاً، ينوي: يلزمني رده، وقيل: ينوي: إلا وَلِي مثله، أو يحرك به لسانه، وكلُّ ذلك واسع.

فصل
[في الإيداع إلى الصبي والسفيه]

ولا ينبغي أن يودع صبي ولا سفيه؛ لأن ذلك تعريض لإضاعة المال، فإن أودعهما فأتلفاها بإنفاق أو غيره لم يكن عليهما ضمان ولا تباعة، إلا أن يثبت أنهما أنفقا ذلك فيما لا غنى لهما عنه ولهما مال فيكون له أن يتبعهما في ذلك المال؛ لأنهما صونا به مالهما، فإن ذهب ذلك المال ثم أفادا غيره لم يتبعا فيه، وإيداع العبد مذكور في كتاب المأذون له.

تم كتاب الوديعة، والحمد لله وحده،
يتلوه إن شاء الله تعالى كتاب العارية[1]

(١) قوله: (تم كتاب الوديعة... كتاب العارية) زيادة من (ق٨).

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

❊ ❊ ❊